

## Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe\*

**ANTONIO MANUEL MORALES MORENO**

Catedrático emérito de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*En este trabajo se estudia cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha concretado la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, a partir del principio de buena fe, y el modo en que combina la aplicación de esa regla con las previsiones de las leyes especiales de protección del consumidor.*

### PALABRAS CLAVE

*Publicidad: Incorporación al contrato. Regla general: principio de buena fe: su concreción por el Tribunal Supremo español. Regla especial: leyes de consumo.*

---

\* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación, «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento», ref. DER2017-84947-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Gobierno de España (IP: Nieves Fenoy Picón, Antonio-Manuel Morales).

## Jurisprudential implementation of the general rule of integration of the contract through advertising, based on the principle of good faith

### ABSTRACT

*This paper studies how the jurisprudence of the Spanish Supreme Court has implemented the general rule of incorporating advertising into the contract, based on the principle of good faith, and how it combines the application of that rule with the special laws of consumer protection.*

### KEY WORDS

*Advertising: Incorporation into the contract. General rule: principle of good faith: its concretion by the Spanish Supreme Court. Special rule: consumer law.*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.*–1.1 Objeto de este trabajo. 1.2 El contexto dogmático en el que se sitúa la doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato. 1.3 La situación anterior a la STS 27.01.1977. 1.4 La falta de regulación de la vinculación contractual en las leyes que regulan la publicidad. 1.5 La fijación legal de la regla de incorporación de la publicidad al contrato en derecho español. 1.6 Las cuestiones que plantea la interpretación del artículo 61 2. y 3. RDL 1/2007, de 16 de noviembre. 1.7 La vinculación por la publicidad en la compraventa de consumo: el artículo 116 1.d RDL 1/2007. 1.7.1 Supuesto de incorporación. 1.7.2 Excepciones. 1.8 Las propuestas de reforma del cc. 1.9 El derecho europeo.–2. *La concreción jurisprudencial de la regla de incorporación de la publicidad al contrato.* 2.1 La buena fe como fundamento de la incorporación de la publicidad al contrato. 2.2 La integración del contrato mediante la publicidad y el denominado principio de veracidad de la publicidad. 2.3 Tipo de relaciones a las que se aplica la regla de incorporación de la publicidad al contrato. 2.4 La relación entre la norma general y especial. 2.5 Diferencia en la técnica de aplicación de la regla general fundada en la buena fe y las reglas especiales. 2.6 Los contenidos de la publicidad en las sentencias analizadas. 2.7 La naturaleza de la denominada oferta publicitaria. 2.8 Tres hipótesis sobre la naturaleza de la publicidad según la STS 12.07.2001. 2.9 La denominada teoría de sustantivación obligacional de las técnicas o prácticas comerciales de «oferta promoción o publicidad». 2.10 Dos modos de producirse la incorporación de la publicidad al contrato: presuposición, deber de prestación. 2.11 Insuficiencia del contrato e integración mediante la publicidad. 2.12 El modelo del comprador medio. 2.13 Exigencia de concreción de la información publicitaria. 2.14 La vinculación por la publicidad como cuestión de interpretación del contrato. 2.15 Los pactos modificativos de las condiciones anunciadas como actos de renuncia. 2.16 La reserva del derecho a introducir variaciones. 2.17 El deber de cumplir lo

anunciado: deber de prestación y deber de garantía. 2.18 Existencia de incumplimiento en algunos supuestos: cumplimiento de la legalidad urbanística y ejecución del planeamiento por tercero. 2.19 Pretensión de cumplimiento. 2.20 Resolución del contrato. 2.21 Indemnización de daños. 2.22 Cálculo de la indemnización. 2.23 Publicidad de tercero. 2.24 Otras cuestiones: legitimación procesal del presidente de la comunidad de propietarios.-3. *Sentencias del Tribunal Supremo: exposición.* 3.1 STS 14.06.1976. Rendimiento asignado a la máquina vendida. 3.2 STS 27.01.1977. Deficiencias del piso vendido en relación con lo anunciado en los folletos de propaganda. 3.3 STS 19.02.1981. Interpretación del contrato: la publicidad como acto anterior de un contratante. 3.4 STS 02.12.1986. Aceptación tácita del cambio en la ejecución del proyecto: el comprador conoció o hubo de conocer el cambio. 3.5 STS 07.11.1988. Vinculación por la publicidad. No se ha probado el incumplimiento. 3.6 STS 20.01.1989. Influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los compradores. 3.7 STS 16.02.1993. Pacto expreso modificativo de las condiciones anunciadas. 3.8 STS 11.05.1993. Gestión de construcción de viviendas y posterior administración de la comunidad. 3.9 STS 21.07.1993. Defectos de acabado de los pisos vendidos. 3.10 STS 15.02.1994. Falta de contratación del seguro anunciado. Indemnización del siniestro. 3.11 STS 27.05.1996. La indemnización por la peor calidad de los radiadores no se reduce por la mejor calidad de las ventanas instaladas. 3.12 STS 08.11.1996. Reclamación de terreno residual y de la dotación del mismo conforme a la publicidad. Pretensión de cumplimiento e indemnizatoria. 3.13 STS 30.06.1997. Deber de instalar calefacción central: incumplimiento: cálculo del daño. Reserva del derecho a introducir variaciones. 3.14 STS 04.12.1998. Carácter abusivo de la cláusula que autoriza las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra. 3.15 STS 26.06.1999. Parquedad del documento: confianza en la publicidad. Defectos de calidades y no construcción de la piscina. Resolución del contrato de compraventa. 3.16 STS 24.10.2000. Falta de instalación de calefacción central. 3.17 STS 23.05.2003. Reclamación de una cancha de tenis anunciada. Incorporación de la publicidad al contrato: principios clásicos y normas de consumo. La manifestación de conocimiento de los compradores no constituye renuncia. 3.18 STS 29.09.2004. Defectos de acabado. Incumplimiento. Indemnización en lugar del cumplimiento. 3.19 STS 17.10.2005. Altura de los techos. Indemnización. Cláusula de recepción a satisfacción del comprador: ineficacia. 3.20 STS 15.03.2010. Aceptación por los compradores de las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra, con conocimiento de su existencia. 3.21 STS 30.05.2011. Visión del conjunto urbanístico ofrecida por la publicidad. La legalidad de la construcción no excluye el incumplimiento del contrato. 3.22 STS 12.07.2011. Excepcionales vistas, descritas de modo concreto. Incumplimiento grave: frustración de las legítimas expectativas de los compradores: resolución. 3.23 STS 01.10.2012. Relación entre empresarios. Publicidad sobre la financiación de la compra: obligación de medios. Incumplimiento no resolutorio. 3.24 STS 22.10.2012. Defectos de construcción que constituyen por sí incumplimiento. 3.25 STS 28.02.2013. Falta de transmisión de la propiedad de los terrenos con las instalaciones anunciadas, aunque se transmite un derecho de uso de los mismos. 3.26 STS 23.07.2013. Relación entre empresarios. Entorno paradisíaco: puerto deportivo y campo de golf. Vinculación del vendedor, aunque la

construcción esté a cargo de un tercero. 3.27 STS 11.06.2015. Confianza creada por el folleto publicitario. 3.28 STS 20.11.2017. Resolución: incumplimientos parciales de la oferta publicitaria que constituyen incumplimiento esencial. 3.29 STS 06.02.2020. Vistas al mar. Anulabilidad del contrato por error.—4. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 OBJETO DE ESTE TRABAJO

Este trabajo estudia el desarrollo jurisprudencial de la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, construida a partir del principio de buena fe<sup>2</sup>. La mayoría de las sentencias estudiadas, es cierto, se refieren a ventas de viviendas en las que el comprador es un consumidor<sup>3</sup>. Sin embargo la regla general que aplica el TS no se restringe a las relaciones de consumo, ni establece una nítida contraposición entre estas y las que no lo son. No estudio en este trabajo con detalle las reglas especiales de consumo en materia de publicidad, salvo en la medida necesaria para establecer sus posibles diferencias con la regla general. Tampoco voy a estudiar los deberes de información y las consecuencias del incumplimiento de los mismos. Debemos separar entre el incumplimiento de los deberes de informar y la vinculación contractual por razón de la publicidad<sup>4</sup>.

El punto de partida de este trabajo son dos importantes sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 14.06.1976 y 27.01.1977<sup>5</sup>. En ellas (y particularmente en la segunda) se sitúa el comienzo de la doctrina jurisprudencial sobre la vinculación contractual por la publicidad. Hoy es una doctrina jurisprudencial reiterada que cuenta con el beneplácito unánime de los autores (aunque puedan discutirse aspectos concretos de su desarrollo), plasmada además en algunas leyes especiales de protección de consumidores. Cuenta con el reconocimiento del Derecho europeo, no sólo en las relaciones de consumo sino en todo tipo de relacio-

---

<sup>2</sup> «... [M]ediante su competencia para concretar una cláusula general como la de la buena fe, la jurisprudencia se convierte necesariamente en fuente del Derecho.», CARRASCO PERERA, 2017, pp. 466, 467.

<sup>3</sup> Sobre el comprador y arrendatario de vivienda como consumidor: CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 25 ss.

<sup>4</sup> En relación con el RD 515/1989, de 21 de abril ALGABA ROS (2006, p. 56) distingue entre la exigencia de veracidad de la publicidad y el deber de información: «Aunque la publicidad ha de ser veraz, ello no significa que se facilite al consumidor una información mínima (...)».

<sup>5</sup> Sobre esta sentencia: LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980. También: RICO PÉREZ, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1978 y RICO PÉREZ, 1984, p. 564 ss.

nes. La Propuesta de Modernización del CC elaboradas por la Comisión General de Codificación y otras propuestas de reforma del promueven su incorporación al Código civil en una futura reforma modernizadora.

## 1.2 EL CONTEXTO DOGMÁTICO EN EL QUE SE SITÚA LA DOCTRINA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

La doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato es una manifestación de la responsabilidad por la confianza<sup>6</sup>, fundada en el principio de buena fe y canalizada a través del sistema de responsabilidad contractual. La buena fe, en este caso, no opera mediante el control del contenido del contrato, sino integrándolo. La integración del contrato conforme a la publicidad permite dar efectividad a la responsabilidad por la confianza (exigencia de la buena fe). Así se advierte en la jurisprudencia del TS estudiada. La publicidad que provoca una justificada confianza genera vinculación contractual; el contratante anunciante queda vinculado, conforme a sus manifestaciones publicitarias, en el contrato celebrado bajo la influencia de ellas. Esa vinculación contractual determina deberes de prestación (conforme a lo anunciado) cuyo incumplimiento permite al otro contratante (que ha confiado) utilizar los remedios del sistema de responsabilidad contractual.

La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. Sin embargo, la jurisprudencia del TS que estudio canaliza la responsabilidad del anunciante a través del sistema de responsabilidad contractual. Esto ofrece mayor protección al contratante que ha confiado. Le da derecho a exigir el cumplimiento de lo anunciado o a reclamar indemnización en la medida del interés que tiene en que se cumpla lo anunciado.

## 1.3 LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA STS 27.01.1977

Refiriéndose a la situación anterior a la sentencia de 27.01.1977<sup>7</sup>, Elizalde Ibarbia afirma: «Las normas del Código Civil relativas a

<sup>6</sup> LÓPEZ MAZA y GARCÍA VICENTE, 2015, p. 866, 867.

<sup>7</sup> Hay que advertir que previamente la STS 14.06.1976 había establecido la incorporación de la publicidad al contrato, pero es más esclarecedor el razonamiento de la

las fuentes de la reglamentación contractual, *tal* como fueron interpretadas hasta hace escasas décadas –concretamente hasta la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977– y de un modo que no ha sido completamente superado, no contemplaban una vinculación por la información *in contrahendo*»<sup>8</sup>.

Lo que dice Elizalde es cierto. En Derecho español no se había extendido a la publicidad (manifestaciones publicitarias) la responsabilidad por la confianza; si bien la fuerza vinculante de la publicidad no puede decirse que estuviera excluida sino, simplemente, que no había sido tomada en cuenta. Pero la responsabilidad por la confianza generada por la conducta precontractual de un contratante (sus afirmaciones, *dicta*) contaba con apoyo normativo suficiente, en el principio de buena fe. El mismo que utiliza la sentencia de 27.01.1977.

El Derecho romano reconoce, en la compraventa, la vinculación del vendedor por lo «dicta» (*dicta promissave*)<sup>9</sup>, extendiéndose así los más estrechos límites de la vinculación por el dolo o la promesa<sup>10</sup>. De modo parecido, Donello, considera que el vendedor se vincula por lo que afirma sobre la cosa «porque las afirmaciones le vinculan como si hubiera convenido acerca de ello»<sup>11</sup>. Y Domat considera que la buena fe es el fundamento de esta vinculación<sup>12</sup>. Esta idea de Domat influye en nuestra codificación. García Goyena, al comentar el artículo 978 Proyecto 1851 (antecedente del artículo 1258 CC), destacaba un aspecto de la virtualidad del principio de buena fe: crear obligaciones entre los contratantes. «Cada parte –dice García Goyena– *se* obliga respecto de la otra según lo que sea bueno y equitativo (D. 44,7,2 pr y 3)»<sup>13</sup>. Lo equitativo expresa, en ese momento, las exigencias del principio de buena fe, teniendo en cuenta la redacción del Código civil francés<sup>14</sup>.

Castro, en 1967, fundamenta en la buena fe (art. 1258 CC) la que denomina «responsabilidad negocial» (por formularla en su

STS 27.01.1977.

<sup>8</sup> ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 222.

<sup>9</sup> Sobre ello, ZIMMERMANN, 1996, pp. 315-316.

<sup>10</sup> «El otro caso en el que el Derecho romano no aplicó la regla *caveat emptor*; cuando esta se hallaba vigente, fue el de la promesa del vendedor. Cuando el vendedor promete al comprador la existencia de ciertas cualidades en la cosa vendida, la autonomía de la voluntad (en lenguaje actual) modifica la regla general, *caveat emptor*. La responsabilidad del vendedor es la consecuencia de la fuerza vinculante de la promesa, expresada en la forma requerida. Es interesante resaltar cómo, en este caso, el sistema romano dulcifica la exigencia formal para dar paso a una vinculación por los meros *dicta*, expresados por el vendedor sin formalidad». MORALES MORENO, *Anuario de Derecho civil*, vol. LXXV, fasc. I, 2012, pp. 12, 16, 18.

<sup>11</sup> Sobre ello, MORALES MORENO, 1988, pp. 676-677.

<sup>12</sup> MORALES MORENO, 1988, pp. 677-678.

<sup>13</sup> GARCÍA GOYENA, 1852, artículo 987.

<sup>14</sup> LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 75 ss.

construcción del negocio jurídico). Es la responsabilidad de un contratante frente al otro, por la confianza que producen en este las declaraciones precontractuales de aquel. Castro propone, como ejemplo, el caso siguiente, inspirado en Pothier. Si alguien, queriendo encargar un cuadro a un determinado pintor, lo encarga a otro pintor, por error, y el cuadro es ejecutado por este, el que lo ha encargado está obligado a pagárselo (aunque no tuviera voluntad de contratar con el pintor que lo ha realizado). La razón, agrega Castro, es la «responsabilidad», pues «quien actúa socialmente ha de hacerlo responsablemente, responsabilizándose de su conducta». «[E]l recurso a la buena fe no es un instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga como si fuera querido lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe»<sup>15</sup>.

La STS 23.05.1935 justifica en la responsabilidad por la confianza la privación del derecho a anular el contrato, en caso de error en la declaración. En este caso la responsabilidad consiste en tener que estar al contrato, aunque la declaración de voluntad no haya sido querida. El TS afirma: «Cuando la disconformidad (entre declaración y voluntad) sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides*»<sup>16</sup>.

Hay una diferencia entre esta sentencia y la doctrina de Castro. Esta sentencia funda la responsabilidad por la confianza en la culpa del contratante en error. En cambio, la «responsabilidad negocial», a la que se refiere Castro, no requiere culpa, según él. Tampoco la requieren la STS 27.01.1977 y las posteriores, estudiadas en este trabajo. porque prevalece la exigencia de protección del contratante que ha confiado sobre la del otro contratante, incurso en responsabilidad. La novedad de la STS 27.01.1977 es extender el supuesto de aplicación de la vinculación (contractual) por la confianza (art. 1258 CC) a las declaraciones publicitarias, dirigidas a un sujeto indeterminado.

<sup>15</sup> CASTRO Y BRAVO, 1967, § 80.

<sup>16</sup> Lo transcrito en el texto pone de manifiesto la aplicación por el TS de la responsabilidad por la confianza, aunque en este caso la solución hubiera debido ser otra al estar de acuerdo las partes en que la participación de lotería correspondía al billete en poder del contratante que la transmite, *falsa demonstratio non nocet* (CASTRO Y BRAVO, 1967, § 162.).

#### 1.4 LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LAS LEYES QUE REGULAN LA PUBLICIDAD

Antes de la STS 27.01.1977, estaba vigente en Derecho español la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad que regula la actividad publicitaria (art. 1 Ley 61/1964)<sup>17</sup>, hoy derogada. El Estatuto de la Publicidad no preveía la incorporación de la publicidad al contrato, de manera expresa. Su objeto era regular la publicidad. En relación con su finalidad, establecía que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia» (art. 6 Ley 61/1964), y su artículo 8 se refiere, de modo particular, a la exigencia de veracidad<sup>18</sup>. Las medidas previstas, en caso de infracción de estas exigencias, eran gubernativas (multas); aunque deja abierta, cuanto proceda, la aplicación de medidas penales (art. 64 Ley 61/1964) o civiles (art. 65 Ley 61/1964)<sup>19</sup>. A pesar de ello el TS, en algunas sentencias ha reforzado su argumentación invocando el Estatuto de la Publicidad, cuando este era la norma vigente en el momento de los hechos enjuiciados<sup>20</sup>.

Posteriormente, tampoco se refiere a la incorporación de la publicidad al contrato la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>21</sup>, que deroga al Estatuto de la Publicidad. Esta Ley, en vigor, aunque con diversas modificaciones, regula la publicidad en cuanto tal, pero no su incidencia en los contratos celebrados bajo su influencia. Define la publicidad<sup>22</sup>. En su redacción inicial, definía el concepto de publicidad engañosa<sup>23</sup>, en la actual, simplemente

<sup>17</sup> «Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación» (art. 2 Ley 61/1964).

<sup>18</sup> «En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.

Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento.» (art. 8 Ley 61/1964.)

<sup>19</sup> «(...) las cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios (...)» (art. 65 Ley 61/1964.)

<sup>20</sup> Así: SSTS 16.02.1993, 19.05.1993, 15.02.1994, 08.11.1996.

<sup>21</sup> Sobre la publicidad engañosa en esta Ley y el problema de la incorporación de la publicidad al contrato: MORALES MORENO, 1988, pp. 668-672.

<sup>22</sup> «Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.» (art. 2 Ley 34/1988.)

<sup>23</sup> «Es engañosa la publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.



la menciona como una manifestación de la publicidad ilícita (art. 3 Ley 34/1988)<sup>24</sup>. Las medidas de la Ley General de Publicidad frente a la publicidad engañosa no se refieren a la vinculación contractual<sup>25</sup>. Es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 8 la que regula la vinculación contractual a consecuencia de la publicidad.

### 1.5 LA FIJACIÓN LEGAL DE LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO EN DERECHO ESPAÑOL

A partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy derogada)<sup>26</sup>, encontramos una formulación legal de la regla de integración del contrato mediante la publicidad (art. 8). Pero no es general, solo se refiere a las relaciones de consumo. Esta regulación especial se sigue desarrollando posteriormente. Así, el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas<sup>27</sup> también prevé la incorporación de las declaraciones precontractuales al contrato<sup>28</sup>. La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados<sup>29</sup> (hoy derogada) prevé en su artículo 3.1 la obligación de informar sobre determinados contenidos (programa y oferta de viajes combinados) y establece que «la información contenida en el programa-oferta será vinculante para

---

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.» (art. 4 Ley 34/1988, texto original.) Este artículo se modifica por el artículo 2.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

<sup>24</sup> Modificado por el artículo 2.1 Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

<sup>25</sup> MORALES MORENO, 2006, pp. 225-231.

<sup>26</sup> Por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Disposición derogatoria única, apartado 2.

<sup>27</sup> Dispone: «2. Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta promoción y publicidad serán *exigibles* aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado».

<sup>28</sup> «Este precepto no viene a introducir novedad alguna con respecto a la incidencia de la publicidad engañosa en la compra de las mismas [las viviendas], sino que continuando con las pautas marcadas por el artículo octavo de la LCU, el artículo 3.2 del RD, permite al consumidor exigir su cumplimiento cuando exista una discordancia esencial entre la comunicación publicitaria y el contenido definitivo del contrato.» MARTÍN GARCÍA, 2002, pp. 231-232. En lo que se refiere al artículo 3.2 RD 515/1989, ALGABA ROS considera que «tiene un carácter dispositivo», si se dan ciertos requisitos que ponen de manifiesto la existencia de una verdadera voluntad del adquirente de la vivienda (ALGABA ROS, 2006, p. 60 ss.).

<sup>29</sup> Incorpora al Derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

el organizador o el detallista del viaje combinado...», estableciendo algunas excepciones a esta vinculación (art. 3.2 Ley 21/1995). La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo<sup>30</sup>, en su artículo 3, utiliza como criterio de conformidad de los bienes con el contrato, el de las prestaciones que el consumidor pueda fundadamente esperar habida cuenta «de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado». Esta ley prevé así mismo excepciones a esta vinculación [artículo 3.1.b) Ley 23/2003].

En el momento actual, tanto la Ley 26/1984, como las Leyes 21/1995 y 23/2003, a las que me he referido anteriormente, han sido derogadas y se hallan refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En este Real Decreto Legislativo, la incorporación de la publicidad al contrato se regula en sus artículos 61.2 y 3<sup>31</sup> y 116<sup>32</sup> y 154. El RD 515/1989, referido a las viviendas, no ha sido derogado.

<sup>30</sup> «Esta ley tiene por objeto la incorporación al Derecho español la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo» (Exposición de Motivos).

<sup>31</sup> Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese *cláusulas más beneficiosas*, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

<sup>32</sup> Artículo 116. Conformidad de los productos con el contrato.

1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

[...]

d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las *declaraciones públicas* sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, *en particular en la publicidad o en el etiquetado*. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

[...]

3. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

Nos encontramos pues en nuestro ordenamiento con una situación en la que convive una regla general de incorporación de la publicidad al contrato, concretada y desarrollada por vía jurisprudencial y una regulación especial aplicable a las relaciones de consumo. Mi propósito, como ya he señalado, es estudiar el desarrollo jurisprudencial de la regla general. Excluyo una consideración detallada de la legislación especial; sin perjuicio de tenerla en cuenta para valorar cómo la aplica la jurisprudencia del TS y qué relación establece entre ella y la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, construida a partir del principio de buena fe.

## 1.6 LAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 61 2. Y 3. RDL 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE

La redacción del artículo 61. 2 y 3 del RDL 1/2007 ha planteado a la doctrina problemas de interpretación. No voy a entrar detenidamente en el estudio de los mismos porque no es objeto de este trabajo, pero sí voy a ofrecer una breve consideración sobre el contenido de este artículo.

El artículo 61. 2 RDL 1/2007 establece, en primer lugar, que «el contenido de la oferta promoción o publicidad [...] serán exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado [...]». Los contenidos de la publicidad integran el contrato<sup>33</sup>. La razón no es tanto la falta de regulación del contrato, cuanto el hecho de que, normalmente, los contenidos de la publicidad habrán creado una legítima confianza en cada consumidor.

A continuación, el artículo 61. 3. RDL 1/2007 dispone: «[...] si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán» sobre la publicidad. Lo que parece ser una excepción a la regla anterior (orientada a reforzar la protección del consumidor) a mi juicio es un reconocimiento de la autonomía de la voluntad, en un caso en el que el carácter más favorable de la cláusula contractual evita dudas.

El artículo 61 RDL 1/2007 no contempla, en cambio, el supuesto en el que el contrato (documento contractual) contenga cláusulas menos ventajosas<sup>34</sup>. Ante este silencio, algunos autores han realiza-

<sup>33</sup> La publicidad que considero en este trabajo se manifiesta en *declaraciones* (públicas) sobre el bien; no en la «omisión de información precontractual relevante», contemplada en el artículo 65 RDL 1/2007.

<sup>34</sup> En la interpretación del artículo 61 RDL 1/2007 hay autores que defienden la invariabilidad de los contenidos de la publicidad mientras que otros admiten su modificación. Sobre ello: *vid.* ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 238 ss. Mantiene la prevalencia de la autonomía de la voluntad, GARCÍA VICENTE, 2009, 786, 798.

do una interpretación *a sensu contrario* del artículo 61.3 RDL 1/2007<sup>35</sup>, según la cual las cláusulas menos favorables no pueden prevalecer sobre la publicidad. Esta interpretación excluye que el consumidor, consciente y voluntariamente, pueda aceptar contratar bajo unas condiciones diferentes de las anunciadas, o renunciar, en el documento contractual definitivo (escritura pública), a contenidos que, inicialmente, se incorporaron al contrato celebrado. Quienes excluyen el juego de la autonomía de la voluntad del consumidor se han visto obligados a buscar caminos indirectos para evitar abusos de este. Consideran que es aplicable (en contra del consumidor) la doctrina de las «limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad»<sup>36</sup>. Mas no creo que esta «doctrina» sea, en este caso, adecuada<sup>37</sup>; no creo que, por ejemplo, sea oportuno invocar la doctrina de los actos propios del consumidor si, advertido por el vendedor sobre la falta de correspondencia entre el bien y la publicidad, celebra el contrato sin protesta y reclama posteriormente por falta de conformidad del objeto. Pues quien no puede renunciar tampoco ha de poder crear confianza con sus actos de significado abdicativo.

Por mi parte creo que el artículo 61 2 y 3 RDL 1/2007 no impide, de modo absoluto, la eficacia de las cláusulas del contrato (o documento contractual) menos favorables que lo anuncia, si existe en el consumidor verdadera voluntad de aceptarlas<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> «[...] *a contrario sensu* podemos interpretar, que si de la comparación entre lo publicitado y lo contratado, el contenido publicitario es más favorable, es lo que prevalecerá y podrá exigirse por el consumidor» (CAMACHO PEREIRA, 2012, p. 284).

<sup>36</sup> PASQUAU LIAÑO, 1992, pp. 170-171. También utiliza la doctrina de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad CAMACHO PEREIRA, *InDret*, 2012, p. 14. Esta autora afirma: «Por nuestra parte consideramos que la publicidad heterointegra el contenido del contrato, pudiendo superponerse a lo pactado por las partes si tiene un contenido más favorable para la que se encuentra en posición de debilidad, el consumidor. No obstante, a pesar de lo dicho, entendemos que esta postura adoptada de forma estricta, podría llevar a algún abuso por parte de los consumidores, pues, por ejemplo, las partes pudieron pactar algo diferente a lo publicitado y que objetivamente considerado es perjudicial para el consumidor, pero este cambio puede estar justificado por otra prestación adicional; o el contrato pudo haberse modificado por una propuesta del propio consumidor, atendiendo alguna conveniencia del mismo. Por ello estamos de acuerdo con quienes (PASQUAU LIAÑO, 1989, pp. 170-171, MIRANDA Y PANIAGUA, 2012, p. 91), señalan que la forma de evitar posibles abusos, no debería ser querer hacer decir al artículo 8 LGDCU y artículo 61 TRLGDCU, menos de lo que dice, sino acudir a la teoría general de los límites intrínsecos del derecho subjetivo, de tal manera que la doctrina de los propios actos, la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1. CC) y el abuso del derecho (art. 7.2) podrán constituir instrumentos valiosos en manos del juez para evitar los excesos a que pudiera dar lugar esta norma'. Por tanto, el derecho a reclamar los contenidos publicitarios más favorables al consumidor nace, pero su ejercicio no es ilimitado. No obstante, existe dificultad en la aplicación de tales extremos.»

<sup>37</sup> CAMACHO PEREIRA, aunque estima que es *coherente* la doctrina de las limitaciones intrínsecas de la autonomía [pues se parte de la ineficacia de las cláusulas del contrato] percibe la dificultad de su aplicación en este caso (CAMACHO PEREIRA, 2012, p. 303 ss.).

<sup>38</sup> Así lo admite, ÁLVAREZ LATA (2020), p. 204. Se refiere al artículo 61 TRLGDCU. Aunque consideran ineficaces las cláusulas por las que el empresario unilateralmente

Pero es cierto que la eficacia de estas cláusulas debe estar sometida a control (control de condiciones generales, vicios del consentimiento)<sup>39</sup>. En esta dirección, Díez-Picazo considera que la regla de prevalencia de la publicidad sobre las cláusulas menos favorables solo es aplicable «respecto del contenido predispuesto en condiciones generales de contratación»<sup>40</sup>. Las aplicaciones concretas del artículo 61.2 y 3 RDL 1/2007 que encontramos en el artículo 116.1.d) [«dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato»] y del 154.1. [«salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario»] RDL 1/2007<sup>41</sup> ofrecen un valioso criterio para interpretar el alcance de las expresiones imprecisas<sup>42</sup> del mismo<sup>43</sup>. Creo que no se debe negar, de modo absoluto, el poder de la voluntad del consumidor para modificar los contenidos de la publicidad. Pero esa voluntad está sometida al sistema de control de las condiciones generales de la contratación o de las cláusulas no negociadas<sup>44</sup>, así como al de los vicios del consentimiento.

## 1.7 LA VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA DE CONSUMO: EL ARTÍCULO 116.1.D RDL 1/2007

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 regula en las ventas de consumo la vinculación por la publicidad. Puede servirnos para interpretar el alcance del artículo 61.2 y 3 RDL 1/2007.

En la estructura del artículo 116.1.d) RDL 1/2007 podemos diferenciar una *regla* de vinculación por la publicidad (declaraciones públicas) y unas *excepciones* a su aplicación. La regla refuerza la protección del consumidor, mediante cierta objetivación y auto-

---

«confiere prevalencia a lo establecido en el contrato frente a lo publicitado», consideran que «otra cosa acontecerá en los casos en los que el consumidor *acepte expresamente* la alteración de las condiciones, sabiendo *ex ante* que tiene derecho a exigir las».

<sup>39</sup> GÓMEZ CALLE establece matices en la interpretación *a contrario* del artículo 8. 2 Ley 26/1984 (al que corresponde el actual 61.2 y 3 RDL 1/2007). Admitiendo la posibilidad de la interpretación a contrario, hay que evitar amparar «más allá de lo justificable al consumidor»: GÓMEZ CALLE, 1994, p. 76.

<sup>40</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1996, p. 328.

<sup>41</sup> Sobre la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

<sup>42</sup> Se ha criticado la redacción del artículo 8 Ley 26/1984: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 388.

<sup>43</sup> INFANTE RUIZ cree que las excepciones a la vinculación por la publicidad previstas en el artículo artículo 116.1.d) (inciso 2) RDL 1/2007 se pueden generalizar: «[N]o existe ningún obstáculo en el Derecho español que impida su extensión a todos los contratos con consumidores»: INFANTE RUIZ, 2015, pp. 255-256.

<sup>44</sup> Así, por ej., la STS 04.12.1998 tiene en cuenta que los documentos modificativos han sido redactados por el promotor y aplica el artículo 1288 CC. Y considera abusiva la cláusula en la que el promotor se reserva facultades de modificación de la obra.

matismo en la incorporación de la publicidad al contrato, incluyendo la publicidad que proviene de tercero. Las excepciones son la consecuencia de la aplicación del sistema general que ordena la autonomía de la voluntad, en casos en los que no hay razón para ofrecer al consumidor una protección fundada en la existencia de la publicidad. Las excepciones permiten tomar en cuenta la manera particular en la que ha contratado cada consumidor.

### 1.7.1 Supuesto de incorporación

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 se refiere a las «*declaraciones públicas* sobre las características concretas de los productos». No se limita a las declaraciones que adoptan la forma de publicidad, sino a otras (como el etiquetado) que indican características concretas.

El vendedor no solo queda vinculado por sus propias declaraciones sino por las que provienen de determinados *terceros*: «el productor o su representante». Esta vinculación, que refuerza la protección del consumidor, se justifica además por la integración económica entre estos sujetos. La información que proporcionan las declaraciones de estos terceros es tomada en cuenta por el comprador al contratar y el vendedor se aprovecha en la venta de sus productos (obtiene ventaja: una mejor distribución de los mismos).

La razón que justifica la vinculación contractual por las declaraciones precontractuales públicas, conforme al artículo 116.1.d) RDL 1/2007, es la *confianza* que provocan en el consumidor y usuario. Las declaraciones vinculan al vendedor por lo que el consumidor «pueda fundamentamente esperar». La protección de la confianza se objetiva al tomar en cuenta no al consumidor o usuario concreto sino al de tipo medio. Las excepciones a la regla general previstas permiten tomar en consideración que no existe confianza en un determinado consumidor.

### 1.7.2 Excepciones

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 prevé límites a la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas, propias o de tercero («el vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas»). Permite que el refuerzo de la protección general del consumidor (que resulta de operar con criterios objetivos o abstractos) no

entre en contradicción con algunos principios básicos que ordenan la contratación (voluntad y responsabilidad por la confianza)<sup>45</sup>.

Los límites son estos<sup>46</sup>:

(a) El vendedor no queda vinculado por las *declaraciones de tercero* «si demuestra que *desconocía* o no cabía razonablemente esperar que conociera la *declaración* en cuestión». Este límite no puede aplicarse a las declaraciones del propio vendedor, pues no es admisible que las desconozca. Se refiere a la falta de conocimiento de la existencia de la declaración de tercero, pero no a la de su inexactitud. Si el vendedor conoce la existencia de las declaraciones de tercero queda vinculado por ellas, aunque ignore que son inexactas. En cambio, si ignora su existencia no queda vinculado, aunque le hayan producido ventaja, por haber influido en la decisión del consumidor.

(b) El vendedor tampoco queda obligado por la declaración (propia o de tercero) si esta «había sido *corregida* en el momento de la celebración del contrato». La corrección de la declaración, puede hacerse en el contrato celebrado con cada consumidor o mediante declaraciones públicas, siempre que estas, por sus características y forma de producirse, puedan destruir la confianza creada por la declaración inicial.

(c) Por fin, el vendedor tampoco queda obligado si la declaración «*no pudo influir* en la decisión [de un concreto comprador] de comprar el producto». Por ejemplo: 1.º El comprador adquiere el bien para una finalidad distinta de la tomada en consideración en las declaraciones públicas. 2.º El comprador, al celebrar el contrato, conoce que las características atribuidas al producto en las declaraciones públicas son incorrectas. Este conocimiento excluye que la publicidad haya podido influir en la decisión de contratar. Esta es la regla que encontramos en la regulación del saneamiento por vicios del CC (art. 1484 CC). También la encontramos en el artículo 6:101 (2) PECL y II.-9:102 (2) DCFR, así como en la Propuesta de Modernización de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, a la que me refiero a continuación.

<sup>45</sup> Las excepciones son supuestos en los que no hay confianza del consumidor, GARCÍA VICENTE, 2009, 793.

<sup>46</sup> Sobre las causas de exoneración, TARRELLES, 2011, p. 1079.

## 1.8 LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CC

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho civil<sup>47</sup>, regula en su artículo 1276<sup>48</sup> el valor vinculante de las afirmaciones y declaraciones efectuadas por un profesional. De modo parecido la Propuesta de Código Civil, libros quinto y sexto, de la Asociación de Profesores de Derecho civil<sup>49</sup> también lo hace, en su artículo 525-3<sup>50</sup>. Ambas pretenden dotar al Código Civil de un precepto general, aplicable a todo tipo de relaciones salvo las particularidades de las normas de consumo. Este precepto está llamado a sustituir a la regla de incorporación de la publicidad elaborada por la jurisprudencia del TS, a partir del principio de buena fe.

Tanto la Propuesta de la Comisión General de Codificación como la de la Asociación de Profesores de Derecho civil establecen, con carácter general, la fuerza vinculante de las afirmaciones y declaraciones efectuadas por un contratante (profesional) en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio. E igualmente, la vinculación del contratante por las afirmaciones y declaraciones de un tercero que se inserte en la misma cadena de producción o comercialización en la que se halla el contratante. También prevén límites a la vinculación. Uno general: que el contratante vinculado por la publicidad «pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta». Otros referidos a la publicidad de tercero: 1.º Que la

<sup>47</sup> COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN PRIMERA, *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, 2009. En adelante: PM.

<sup>48</sup> El artículo 1276 PM dispone: «Quedarán *insertadas* en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un *profesional* en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta.

No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un *tercero*, siempre que resultaran *conocidas* o *cognoscibles* para el contratante profesional, éste no hubiera *excluido* expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la *cadena* de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos.»

<sup>49</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018.

<sup>50</sup> Artículo 525-3. *Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales.*

«1. Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta. 2. No impide la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante empresario, éste no haya excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto o servicio, que, según el contrato celebrado, se encuentra en la cadena de producción o comercialización de la que forman parte empresario y tercero.»



misma no resulta conocida o cognoscible para el contratante profesional. 2.º Que el contratante profesional hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato.

## 1.9 EL DERECHO EUROPEO

La vinculación contractual producida por las declaraciones de un contratante en el periodo precontractual está contemplada en el Derecho europeo. Aparece en: PECL (art. 6:101), DCFR (II.-9:102), ACQP (art. 4:107), CESL (art. 69). A continuación, indico algunas pautas de esta regulación<sup>51</sup>.

Tanto los PECL [art. 6:101, (1)] como el DCFR [art. II.-9:102, (1)] (aunque con redacción no coincidente) contienen una regla general según la cual, las declaraciones de un contratante, previas (o simultáneas) a la celebración del contrato, se incorporan a este, como términos del mismo, dando lugar al nacimiento de una obligación de la parte que las hace. Lo que determina esa incorporación es que la otra parte entienda, razonablemente<sup>52</sup>, que las declaraciones han sido hechas con vistas a formar parte del contrato, si el mismo llega a celebrarse. Para concretar, en cada caso, si ha existido o no esa confianza los PECL y el DCFR ofrecen estos criterios: (a) la importancia de las declaraciones, (b) si la parte que las hace actúa en el desarrollo de su actividad empresarial y, por fin, (c) la pericia relativa de una y otra parte. El fundamento de la incorporación, como acabo de señalar, es la confianza que las declaraciones provocan en el otro contratante. La confianza existe si este puede entender (razonablemente) que el que las hace se está obligando por ellas. Es una concreción del principio de buena fe<sup>53</sup>.

Además de la regla general a la que me acabo de referir, los PECL [art. 6:101 (2)] y el DCFR [art. II.-9:102 (2)] regulan de modo especial la vinculación de un empresario por sus declaraciones, referidas a las características específicas de su prestación. Le vinculan, pero esa vinculación tiene estas excepciones: 1.ª Que, en el momento de celebrar el contrato, la otra parte contratante sea

---

<sup>51</sup> Una referencia más amplia al Derecho europeo, en la materia que estudio: DEDEK, 2018, pp. 791-813. También, SCHULZE y ZOLL, 2018, p. 120 ss. INFANTE RUIZ, 2015 (2), pp. 67-92. El trabajo de esta autor está dedicado al artículo 69 CESL, pero contiene un estudio comparativo de otros textos europeos (DCFR y los PECL p. 72), así como el régimen de algunos Derechos nacionales europeos (*Common Law*, Derecho alemán, Derecho español, pp. 78 ss).

<sup>52</sup> DEDEK, 2018, p. 795.

<sup>53</sup> DEDEK nos recuerda que los comentarios oficiales a los artículos de los PECL y DCFR que estoy considerando, indican que se reitera una regla bien asentada y que los mismos resultados pueden conseguirse a través de las reglas de las promesas unilaterales y de la interpretación de ofertas y otros actos jurídicos (DEDEK, 2018, p. 784).

consciente, o se pueda razonablemente esperar que los sea, de que son incorrectas; o que, de otra manera, no confíe en que son un término del contrato. 2.<sup>a</sup> Que la decisión de la otra parte de celebrar el contrato no haya sido influenciada por la declaración. En estos casos, o no está justificada la confianza (de existir) o ha sido irrelevante en la celebración del contrato. Estas excepciones demuestran que el Derecho europeo inserta la responsabilidad por las declaraciones precontractuales (incluidas las hechas por la publicidad) en los principios que ordenan el régimen general del contrato y la responsabilidad por la confianza.

El empresario también queda vinculado, en determinados casos, por las declaraciones de un tercero [arts. 6:101 (3) PECL, II.-9:102 (4) DCFR]. Pero esa vinculación tiene un límite: que el empresario no conozca (conocimiento real o imputable) la existencia de las declaraciones del tercero.

## **2. LA CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO**

A partir del estudio de las sentencias (que expongo en la tercera parte de este trabajo) se pueden extraer algunos criterios de concreción de la regla de incorporación de la publicidad u otras declaraciones públicas al contrato.

### **2.1 LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO**

El principio de buena fe ha sido, desde la STS 27.01.1977<sup>54</sup>, el que ha ofrecido la fundamentación jurídica básica a la regla de la vinculación contractual por la publicidad. Y, posteriormente, ha continuado siéndolo, incluso cuando nuestro ordenamiento ha regulado esta materia en algunas normas especiales de protección

---

<sup>54</sup> CARRASCO PERERA considera «como ilustrativo del [...] uso inflacionario del artículo 1258 CC [...] la doctrina jurisprudencial que obliga al vendedor a cumplir en los términos de la publicidad precontractual, aunque los términos exactos de la promesa no se incorporen al contrato». Y agrega: «Con buen criterio la STS de 14 junio 1976 (RJ 1976, 2753), consideró que se trataba en exclusiva de un conflicto interpretativo sobre la verdadera voluntad de las partes en lo relativo a las cualidades de la cosa (art. 1281 CC), mientras que la STS de 27 enero 1977 (RJ 1977, 121), prefirió optar por el más fácil camino de ahorrarse los costes de interpretar, y acudió directamente a la heterointegración del contrato conforme a la buena fe». CARRASCO PERERA, 2017, pp. 473-474.

del consumidor<sup>55</sup>. El Tribunal Supremo, cuando aplica estas normas especiales, sigue invocando el principio de buena fe. Las normas son consideradas en la doctrina como una concreción legal del principio de buena fe en las relaciones de consumo<sup>56</sup>.

De acuerdo con el principio de buena fe, la vinculación por la publicidad no se funda, propiamente, en la voluntad de obligarse del contratante que la emite. Tampoco en el engaño o fraude de este, como destaca la STS 08.11.1996 («sin que fuere necesario apreciar engaño o fraude»)<sup>57</sup>. Se funda en el hecho objetivo de haber provocado una justificada confianza<sup>58</sup> en el otro contratante, con las manifestaciones publicitarias. La vinculación es una consecuencia de la responsabilidad por la confianza.<sup>59</sup>

La STS 27.01.1977 destaca, por primera vez, la importancia de la confianza del comprador (su representación mental) para justificar la vinculación de la vendedora (anunciante). En este caso, el TS considera que el contrato privado de compraventa (de pisos) suscrito con la vendedora (anunciante) es «parco» en su contenido. Esto justifica que el comprador crea, «con todo fundamento» que lo anunciado es vinculante para la vendedora. La vendedora ha pro-

---

<sup>55</sup> INFANTE RUIZ se pregunta: «Si la regla de la integración de la publicidad puede deducirse del principio de buena fe, entonces, ¿cuál es la razón de que se regule expresamente en la ley?» Y responde: «Las razones pueden ser dos. En primer lugar, no en todos los ordenamientos europeos la buena fe se expresa como principio general, como es el caso del Derecho inglés. Además, no en todos los ordenamientos es posible derivar la regla de la integración de la publicidad a partir del principio de buena fe. En segundo lugar, de acuerdo con la actual expresión de esta regla en el Derecho comunitario, el ámbito de aplicación es mayor. La integración del contrato mediante la aplicación del principio de buena fe sólo puede exigirla el contratante o consumidor frente a su contraparte, mientras que en el artículo 69 CESL, en el artículo II.-9:102 DCFR y en otras disposiciones equivalentes, en el caso de que el anunciante y el empresario no sean el mismo sujeto, la integración podrá exigirla también el consumidor frente al empresario que ha contratado con él aunque no sea el responsable de la publicidad. Porque no es conforme con la buena fe aprovecharse de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración del contrato sin responsabilizarse de sus contenidos». (INFANTE RUIZ, 2015, pp. 222-223.) No es algo anormal que reglas jurídicas que primero se introducen en un ordenamiento como una concreción de la buena fe más tarde se desarrollen y concreten por la ley.

<sup>56</sup> Así también, INFANTE RUIZ, 2015 (2), p. 70.

<sup>57</sup> La doctrina utiliza en ocasiones la idea de que la responsabilidad por la publicidad es de carácter estricto (objetiva): no depende de la culpa del anunciante. Así: INFANTE RUIZ, 2015 (2), p. 88.

<sup>58</sup> Afirma ELIZALDE IBARBIA: «Asentar la *ratio* última de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato –incluso cuando su exigencia proviene de la ley– en la buena fe y en la protección de la confianza del destinatario, como sostenemos, supone necesariamente que la vinculación por la publicidad solo procede cuando el destinatario confía en lo anunciado y su confianza es razonable. La ausencia de una confianza efectiva o, presente esta, su falta de razonabilidad, privan de justificación –por mor de la buena fe– a su protección.» (ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 246).

<sup>59</sup> Así resulta del artículo 61 RDL 1/2007 y del artículo 1258 CC. RUBIO TORRANO, 2013, p. 467. Se habla de una responsabilidad contractual objetiva: CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 527. Con razón se considera que no es «técnicamente correcto», «identificar los efectos de la información *in contrahendo* con la responsabilidad objetiva», ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 223.

vocado, mediante sus folletos publicitarios, la confianza del comprador. Es importante resaltar en el razonamiento de esta sentencia que la confianza protegida del comprador consiste en la creencia de que lo anunciado (manifestado) por la vendedora la vincula en el contrato de compraventa celebrado con ella<sup>60</sup>.

Cuando, a partir de 1984, el ordenamiento español cuenta con leyes que aplican a las relaciones de consumo la regla de incorporación de la publicidad al contrato el Tribunal Supremo, al aplicarlas, no prescinde, en la fundamentación de sus sentencias, de la invocación del principio de buena fe. Es interesante la STS 23.05.2003, que, refiriéndose al artículo 8.1 y 2 Ley 26/1984, afirma: «Es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad (...); en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código».

La STS 12.07.2011 se refiere a dos razones que fundamentan la vinculación por la publicidad, de acuerdo con la buena fe. Primera, la influencia de la publicidad del vendedor en la decisión del comprador de la vivienda. Segunda, la exigencia de coherencia en el comportamiento de la vendedora. En cuanto a la primera, el TS destaca que el folleto publicitario tenido en cuenta por el comprador ha influido, de manera decisiva, en su determinación de comprar, sobre plano, la vivienda. Esa determinación se aprecia con criterios objetivos o de tráfico en esta sentencia. Un tercero en el mismo caso habría actuado igual, teniendo en cuenta el modo de proceder en ese sector del mercado. La objetivación no solo facilita la prueba de la influencia de la publicidad en el otro contratante, sino también la de que esa influencia no podía ser desconocida por el vendedor. La segunda razón de la vinculación es complementaria de la primera. Es otra manifestación de la buena fe: la exigencia de coherencia en la conducta del contratante que utiliza la publicidad, en relación con la confianza creada. Dice esta sentencia: «La buena fe contractual exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico». La referencia al tráfico es oportuna, porque la publicidad se dirige a destinatarios indeterminados que participan en él. Pero la confianza se concreta en cada sujeto que actúa bajo la influencia de la publicidad. Es contrario a la buena fe no mantener esa coherencia; provocar confianza (mediante la publicidad) y pretender no asumir sus consecuencias.

Según la STS 23.05.2003, la confianza se protege a través de la integración del contrato. «[E]l contrato queda completamente *inte-*

<sup>60</sup> De modo parecido, más tarde, en el Derecho europeo: artículo 6:101 (1) PECL y II.-9:101 DCFR.

grado por lo que el consumidor *ha confiado* por razón de la oferta, promoción y publicidad». Ese contenido de la publicidad incorporado al contrato es calificado por la STS 12.07.2011 como «estipulación implícita».

En otro orden, que nos sitúa en los límites de la autonomía de la voluntad, la invocación de la buena fe sirve, en la STS 17.10.2005, para limitar la eficacia de una cláusula del contrato en la que los compradores declaran haber recibido los pisos a su satisfacción, porque esta cláusula está redactada de forma muy genérica y los compradores en el momento de suscribirla no conocen (no tienen que conocer) los defectos del piso comprado.

## 2.2 LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA PUBLICIDAD Y EL DENOMINADO PRINCIPIO DE VERACIDAD DE LA PUBLICIDAD

Es frecuente invocar el «principio de veracidad» (exigencia de que la publicidad no sea engañosa) como un argumento más para justificar la integración del contrato por medio de ella. Sin embargo, conviene diferenciar la exigencia de veracidad de la publicidad y la integración del contrato por medio de esta.

La exigencia de veracidad se proyecta sobre la publicidad, en sí misma: la falta de veracidad la convierte en ilícita<sup>61</sup>. Esa declaración de ilicitud toma en consideración (además de la defensa de otros derechos de las personas) el buen funcionamiento del mercado: tanto el interés de los consumidores de no ser inducidos a error en sus decisiones de consumo, como el de los oferentes consistente en evitar actos de competencia desleal<sup>62</sup>. Por eso el régimen de la publicidad engañosa está, en parte, regulado en la Ley de Competencia Desleal<sup>63</sup>. El incumplimiento de la exigencia de veracidad no determina, por sí mismo, la integración del contrato por medio de la publicidad. Aunque la integración favorezca que disminuya la publicidad engañosa o no veraz. La publicidad ilícita (que incluye la no veraz) da lugar al nacimiento de determinadas acciones, previstas en la Ley de Competencia Desleal (arts. 32 a 34 Ley 3/1991 de 10 de enero)<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Artículo 3.e) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

<sup>62</sup> LÓPEZ MAZA y GARCÍA VICENTE, 2015, 865.

<sup>63</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: *vid.* Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

<sup>64</sup> *Vid.* también artículo 6 Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

La integración del contrato mediante la publicidad se produce con independencia de que los contenidos de la publicidad sean o no veraces. Una buena muestra de ello se encuentra en la jurisprudencia estudiada. Hay casos en los que el promotor inmobiliario (vendedor) ofrece en la publicidad dotar de determinadas cualidades a la obra que ha de ejecutar. En ese momento la ejecución es posible y tal vez el promotor tiene la intención de ejecutarlos, pero posteriormente no ejecuta la obra conforme a lo anunciado (por la razón que fuere). En estos casos la publicidad es veraz. Otras veces, el promotor anuncia lo que inicialmente no es posible (por ej. lo prohíbe el planeamiento). En estos casos la publicidad no es veraz, desde el punto de vista objetivo, pero el promotor puede actuar de buena fe. En uno y otro caso, sea o no veraz la publicidad, actúe el promotor de buena o mala fe, la publicidad se incorpora al contrato. Se incorpora no por ser engañosa, ni por el ánimo de defraudar del vendedor, sino porque es necesario proteger la confianza del otro contratante<sup>65</sup>. Sin embargo, al considerar la incorporación de la publicidad al contrato, a menudo, se tiene a la vista un modelo de situación: el carácter engañoso de la publicidad y la actuación dolosa del contratante, aunque no sea este el supuesto de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato.

### 2.3 TIPO DE RELACIONES A LAS QUE SE APLICA LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

La regla de incorporación de la publicidad al contrato no es una regla aplicable exclusivamente a las relaciones de consumo. Su fundamento, la protección de la confianza conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC, art. 57 CCO), la hace aplicable a todas las relaciones obligatorias, incluidas las relaciones entre empresarios. En la jurisprudencia del TS, referida en la mayoría de los casos a ventas de vivienda sobre plano por el promotor, la relación es normalmente de consumo, pero encontramos casos en los que la relación es entre empresarios. Así, por ejemplo, las STSS 14.06.1976 (compra de una máquina), 01.10.2012 (compra

---

<sup>65</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN es de la misma opinión: «[E]l artículo 8 LGDCU y los preceptos paralelos, no tienen como función sancionar de una manera especial la publicidad inveraz, sino que su función es la protección de la confianza del consumidor, lo que este puede esperar del producto como consecuencias de las declaraciones públicas.» DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 391. Lo cual permite establecer límites a la vinculación por la publicidad, que este autor señala: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 391.

de varias viviendas por una empresa, en una promoción) y 23.07.2013 (compra de vivienda con garaje y trastero).

## 2.4 LA RELACIÓN ENTRE LA NORMA GENERAL Y ESPECIAL

En el momento actual, la regla de incorporación de la publicidad al contrato cuenta en nuestro ordenamiento con dos tipos de normas: la general y las especiales de consumo. Inicialmente, el TS construyó esta regla con alcance general, a partir del principio de buena fe (art. 1258 CC, y en ocasiones art. 7 CC)<sup>66</sup>. Posteriormente, el legislador la ha positivado, de modo concreto y con mayor desarrollo, para las relaciones de consumo (*vid. supra*). Hoy conviven en nuestro ordenamiento la norma general y las especiales de consumo.

La jurisprudencia del TS analizada no marca, de modo expreso, diferencias esenciales entre la norma general y la especial de consumo. Es cierto que en los casos analizados la publicidad proviene del vendedor y no de tercero, lo que podría suponer una particularidad de la norma de consumo. En reiterados casos, el TS invoca la buena fe al aplicar las normas de consumo.

Es significativo el razonamiento de la STS 23.07.2013, referida a un caso de compraventa de vivienda entre empresarios. La empresa (recurrente en casación) invoca la aplicación indebida de los artículos 1, 2, y 8 de la Ley 26/1984, pues la compradora es una entidad mercantil. El TS considera que esto no cambia la solución del caso, ya que «no era ineludible acudir a la normativa de protección de consumidores, sino que en base a los artículos 1255, 1258, 1285 y 1469 CC [también] era preciso que hubiera correspondencia entre lo ofertado y lo entregado, [...]».

La STS 23.05.2003, en lo que se refiere a la publicidad, destaca la conexión existente entre los «principios clásicos del Derecho», entre ellos el de buena fe (art. 1258 CC), y lo dispuesto en la legislación de consumo (art. 8.1 y 2 Ley 26/1984). «El contrato queda complementado –integrado– con lo que el consumidor ha confiado».

La STS 08.11.1996 fundamenta la incorporación de la publicidad al contrato en la propia doctrina jurisprudencial previa, el principio de buena fe y las normas especiales de protección de los consumidores, sin establecer esas diferencias con las normas de

---

<sup>66</sup> De los artículos del CC referidos a la buena fe alguna sentencia no sólo invoca el artículo 1258 sino también el 7 CC. Indudablemente, el artículo 1258 es más adecuado en este caso. El artículo 7 CC no es el precepto general de la buena fe. Así lo destaca, citando a Montés, LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 75.

consumo. Tampoco encontramos diferencias en las afirmaciones *obiter* de la STS 07.11.1988.

Hemos de admitir que esa indiferencia, entre acudir a la norma general (principio de buena fe) o a las especiales de protección de los consumidores, que se detecta en la jurisprudencia del TS, tiene que ver con la cuestión planteada en cada caso: si, en relación con ella, existe o no alguna particularidad del régimen de consumo. Esto no suele ocurrir en los casos estudiados. Sin embargo, creo que hay una diferencia en la técnica de aplicación de la regla general y las especiales. A ella me refiero en el apartado siguiente.

## 2.5 DIFERENCIA EN LA TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL FUNDADA EN LA BUENA FE Y LAS REGLAS ESPECIALES

La técnica de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato es distinta según se fundamente en el principio de buena fe (art. 1258 CC) o en una norma concreta que la prevea [por ej. arts. 61, 116.1.d), 154 RDL 1/2007]. Cuando la incorporación se fundamenta en el principio de buena fe, tendrán que darse los requisitos necesarios para que se justifique su aplicación; es decir, ha de existir una justificada confianza del otro contratante en las declaraciones publicitarias, en el momento de la celebración del contrato. Para probar la existencia de esa confianza se puede operar con presunciones de hecho, tomando en cuenta el modelo abstracto de una persona de tipo medio (dentro del círculo de sujetos a los que se dirige la publicidad). El Tribunal Supremo en alguna sentencia tiene en cuenta ese modelo de sujeto (SSTS 30.05.2011, 12.07.2011), al valorar los términos de la publicidad y su poder determinante en la toma de decisiones del contratante al que la misma se dirige. Cuando la incorporación de la publicidad al contrato se fundamente en una norma concreta que la establece, habrá que estar al supuesto de hecho de esa norma. Por ejemplo, en el caso del artículo 116.1.d) RDL 1/2007 las declaraciones públicas hechas en la publicidad o el etiquetado vinculan por sí mismas al vendedor<sup>67</sup>, sin necesidad de probar que hayan

<sup>67</sup> Pero es cierto que para que se produzca vinculación por la publicidad debe ser susceptible de provocar confianza en el consumidor medio por sus contenidos informativos concretos. «Por tanto –como indica MARÍN LÓPEZ—, hay que acudir al criterio de razonabilidad de un consumidor medio, y valorar hasta qué punto puede él esperar, por ser ello razonable, que las características del bien aludidas en las declaraciones publicitarias concurren efectivamente en el bien vendido.» MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 1703.



creado confianza en el comprador concreto<sup>68</sup>. Marín López considera que existe una presunción legal de que el consumidor contrató movido por la información que ella le proporciona<sup>69</sup>. Esta vinculación tiene las excepciones previstas en la propia norma. Lo mismo ocurre en el artículo 154 RDL 1/2007 (contrato de viaje combinado). Este artículo prevé la integración del contrato con la información obligatoriamente suministrada por el organizador o el minorista (*vid.* art. 153 RDL 1/2007) y establece las posibles excepciones. A la vista de las excepciones previstas en los preceptos a los que me acabo de referir (que son dos importantes aplicaciones de la regla del art. 61. 2. y 3. RDL 1/2007), es cuestionable que sea correcta una interpretación literal de este artículo, que limite la excepción a la exigibilidad de la oferta, promoción y publicidad a los casos en los que «el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas»<sup>70</sup>.

Existen, por tanto, dos técnicas diferentes (por sus requisitos y sus excepciones) para establecer la vinculación por la publicidad, según se aplique el principio de buena fe o una norma especial. Pero las diferencias se atenúan si tenemos en cuenta, como antes he señalado, que la aplicación del principio de buena fe no exige probar la efectiva creencia del otro contratante en las manifestaciones publicitarias, sino que basta utilizar criterios razonables de probabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. De ahí que, incluso cuando se aplica la regla general fundada en el principio de buena fe, pueda dar la impresión de que la publicidad vincula por sí sola.

---

<sup>68</sup> En consideración a lo que señalo en el texto tiene razón INFANTE RUIZ al afirmar, a propósito del artículo 61 RDL 1/2007: «No es necesario que en el consumidor individual se genere una situación de confianza o apariencia que traiga causa de la publicidad, pues la heterointegración que entraña la buena fe no exige este presupuesto, sino más bien que la publicidad pueda influir con carácter general en la decisión de contratar de los consumidores, esto es, que sea susceptible de influir en un consumidor medio. El fundamento de la responsabilidad por la publicidad no es la confianza *in concreto* del consumidor individual, sino su capacidad de influir *in abstracto* en los destinatarios a los que se dirige en orden a la celebración del contrato. Quien comercializa sus productos o servicios debe responder por el simple hecho de que exista una publicidad asociada a ello, imputándosele la responsabilidad correspondiente de manera directa siempre que el contenido de la publicidad no se corresponda con el del contrato, salvo que exista una causa objetiva que la excluya.» (INFANTE RUIZ, 2015, p. 252.). De modo parecido opina MARÍN LÓPEZ, 2009, pp. 1700 ss.

<sup>69</sup> MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 1701, en el mismo sentido cita a Marco Molina y Castilla Barea. La propia ley que establece la presunción determina los supuestos en los que puede ser enervada.

<sup>70</sup> No es objeto de este trabajo el estudio especial de este artículo; sobre él puede verse: CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

## 2.6 LOS CONTENIDOS DE LA PUBLICIDAD EN LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

La regla de incorporación de la publicidad al contrato se puede aplicar a cualquier contenido publicitario que genere confianza en el otro contratante. Sin embargo, un análisis de la jurisprudencia permite constatar que ha generado mayor litigiosidad, ante el Tribunal Supremo, la publicidad referida a viviendas vendidas bajo plano. Ciertamente, hay sentencias referidas a otros contenidos publicitarios, pero son pocas.

En la mayoría de los casos, lo anunciado se refiere a cualidades de una vivienda, vendida bajo plano, o de la urbanización en la que esta va a situarse. En concreto, la publicidad se refiere: a la entrega del terreno residual (calificado como zona verde) así como su cerramiento, y la dotación de jardinería, columpios, piscina y pista de tenis (STS 08.11.1996); a la zona deportiva y dentro de ella la piscina (STS 19.02.1981); a la cancha de tenis (STS 23.05.2003); al puerto deportivo y campo de golf que ofrecen un entorno paradisíaco (STS 23.07.2013); a las vistas de cada vivienda al campo de golf, al mar y a la montaña (STS 12.07.2011); a la instalación de calefacción central en el edificio construido, en vez de la individual instalada (SSTS 30.06.1997, 24.10.2000); a la existencia de armarios empotrados (STS 21.07.1993); a la visión del conjunto urbanístico (STS 30.05.2011); al acabado de las viviendas vendidas: defectos y omisiones de detalle (STS 20.01.1989).

En las sentencias del TS analizadas encontramos también, en menor medida, otros contenidos publicitarios. Así, la posibilidad de obtener financiación de la compra de la vivienda, conforme a lo anunciado (STS 01.10.2012), al rendimiento de la máquina vendida (STS 14.06.1976) o a la contratación de un seguro en favor de los que participen en un curso de idiomas en el extranjero (STS 15.02.1994).

En la mayoría de los casos estudiados, el contratante vinculado por lo anunciado asume una obligación de hacer; por ejemplo, ejecutar el proyecto de construcción conforme a lo manifestado en sus declaraciones o contratar el seguro para los participantes en el curso. Incumplida tal obligación la otra parte dispone de la pretensión de cumplimiento. Hay otros casos en los que el cumplimiento de lo anunciado no depende de la actuación del contratante vinculado por sus declaraciones públicas. Por ejemplo, la construcción del campo de golf es una iniciativa de tercero (Ayuntamiento), que no se llega a ejecutar; o el modelo de la máquina vendida no puede alcanzar el rendimiento asignado. En estos casos, si no se alcanza

el resultado anunciado, también hay incumplimiento, conforme al concepto de incumplimiento del moderno derecho de contratos, que aplica en esta materia la jurisprudencia del TS (*vid. infra*).

## 2.7 LA NATURALEZA DE LA DENOMINADA OFERTA PUBLICITARIA

En la doctrina se ha planteado esta cuestión: «¿Puede el consumidor obligar al empresario a celebrar un contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias?»<sup>71</sup>. El efecto de la publicidad al que se refiere la pregunta se circunscribe a la relación entre empresario y consumidor, relación que no es el objeto central de este trabajo. Sin embargo, me voy a ocupar de esta cuestión porque la respuesta viene condicionada por la naturaleza de la publicidad y, según cuál sea, determinará sus efectos.

Para que el destinatario de la publicidad pueda exigir al anunciante la celebración de un contrato, con el contenido de ella, es necesario que las declaraciones publicitarias sean una oferta de contrato o que una norma lo establezca. No creo que las declaraciones públicas sobre las cualidades de un bien o servicio sean, por sí mismas, una oferta de contrato. Tampoco creo que lo establezca el artículo 9 Ley 7/1996, de 15 de enero<sup>72</sup>, o los artículos 61 y 116.1.d) RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

En la doctrina española, hay autores que atribuyen a la publicidad naturaleza de oferta de contrato, frente a otros, más numerosos, que no le atribuyen ese carácter, aunque reconozcan la incorporación de la misma al contrato celebrado bajo su influencia<sup>73</sup>. La jurisprudencia del TS español, en cambio, no atribuye naturaleza de oferta de contrato a las declaraciones públicas de un contratante sobre las cualidades de una cosa o servicio.

La STS 12.07.2011 se refiere al debate doctrinal: «Se debate si la publicidad expresada es una mera promoción publicitaria, sin más valor que el de una invitación a negociar –*invitatio ad offerendum*–, o constituye además una oferta contractual –oferta publicitaria–, o cuando menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato, de conformidad con las disposiciones en

<sup>71</sup> Da cuenta de ello CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 531 ss.

<sup>72</sup> CARRASCO PERERA considera que «ni el art. 9.1 LOCM ni ningún otro de esta Ley tiene nada que ver con la oferta en sentido jurídico. ‘Oferta’ se entiende en esta ley en términos atécnicos como promoción de ventas, sin un significado jurídico predeterminado.» CARRASCO PERERA, 2011, p. 182.

<sup>73</sup> Sobre el estado de la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, 2011, pp. 531-532. CAMACHO PEREIRA, *InDret*, vol. 2/2011, p. 8.

materia de consumidores y el principio de buena fe contractual del artículo 1.258 CC».

La jurisprudencia del TS, aunque utilice la expresión «oferta publicitaria», que puede hacer pensar que atribuye a la publicidad naturaleza de oferta, no funda la fuerza vinculante de ella en ser oferta de contrato sino en la buena fe o en la ley cuando esta existe. La STS 14.06.1976 (primera que se ocupa de esta materia) afirma: la publicidad «cumple la función de una oferta que vincula al vendedor». Cumplir la función de oferta no es ser verdadera oferta. Su razonamiento desvela que esto es así: que no vincula por ser oferta.

La STS 23.07.2013 indica, de modo explícito, sobre la naturaleza de la publicidad, que, «si cabe entender que no es oferta en sentido estricto...», resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC).

La STS 11.06.2015 considera que la oferta publicitaria, cuando suministra información concreta que contiene datos objetivos referidos a características relevantes, aunque no es oferta en sentido estricto, porque no recoge todos los elementos esenciales, tiene incuestionable importancia desde la perspectiva de la integración contractual, pues el otro contratante confía en ella y celebra el contrato bajo la «representación contractual» que ella le genera.

La STS 08.11.1996, aunque utiliza la expresión «vinculación a la oferta» no podemos entender que atribuya a la publicidad naturaleza de verdadera oferta.

## 2.8 TRES HIPÓTESIS SOBRE LA NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD SEGÚN LA STS 12.07.2011

La STS 12.07.2011 se refiere a tres hipótesis en el debate sobre la naturaleza de la publicidad. A continuación, voy a hacer alguna consideración sobre cada una de estas hipótesis.

(a) Si consideramos a la publicidad como una invitación a negociar (sobre los contenidos anunciados) no hay razón para atribuirle fuerza vinculante, por sí misma, sino solo en la medida en que llegue a celebrarse un contrato<sup>74</sup> (por voluntad de los contratantes, por exigencia de la buena fe o porque una norma lo disponga).

(b) Si la consideramos como una verdadera oferta de contrato, tendrá que cumplir los requisitos de la oferta. Admitamos que pueda dirigirse a destinatarios indeterminados, pero no podemos

<sup>74</sup> El artículo 1262 I y II CC se refiere al consentimiento (concurso de oferta y aceptación) y al contrato entre ausentes.

prescindir de que el anunciante (oferente) tenga voluntad de vincularse, conforme a los contenidos de ella<sup>75</sup>.

Aunque el CC español no regula expresamente cuándo existe una oferta de contrato (qué requisitos debe reunir, para que, estando viva, la aceptación dé lugar a la celebración de un contrato, conforme a los términos de ella) la CISG sí nos lo indica. Según el artículo 14 CISG para que haya oferta es necesario que exista una propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, suficientemente precisa, que indique la voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. Díez-Picazo, de acuerdo con la CISG, define la oferta así: «[E]s una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que este quedará formado si recae la aceptación»<sup>76</sup>. «Normalmente –afirma Díez-Picazo–, el proponente de un contrato dirige su oferta a una persona concreta y determinada con la que desea contratar. Cabe, sin embargo, la posibilidad, cada día más frecuente en el moderno comercio en masa, de que el proponente dirija su oferta a la generalidad o a la comunidad dentro de la cual vive, tratando de encontrar en ella la persona con quien contratar»<sup>77</sup>. Pero esto no significa que no sea necesario en la oferta la voluntad de contratar y una determinación suficiente del contenido del contrato que se propone<sup>78</sup>. Tales requisitos normalmente no se cumplen en las declaraciones publicitarias, que se limitan a suministrar información sobre un producto o servicio.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista regula «la oferta pública de venta», hecha por un contratante profesional; e incluso atribuye el carácter de oferta de contrato a la «exposición de artículos en establecimientos comerciales» (art. 9 Ley 7/1996), imponiendo al oferente, dentro de ciertos límites, la obligación de contratar a fin de evitar la competencia desleal. Pero esta ley no convierte de manera general en oferta a las meras declaraciones públicas (publicidad) sobre las cualidades de bienes o servicios que se hallan en el mercado. Tales declaraciones, por sí solas, no generan en su destinatario un derecho a exigir al anunciante la celebración de un contrato con los contenidos anunciados. Lo mismo sucede en el Derecho europeo.

<sup>75</sup> Sobre la voluntad del oferente de quedar vinculado por la oferta: MENÉNDEZ MATO, 1998, p. 129 ss. TARABAL BOSCH, vol. 87, 2011, p. 2311. GASPAR LERA, 2014 p. 129 ss.

<sup>76</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, p. 330.

<sup>77</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, p. 335.

<sup>78</sup> «Cuando en el mensaje publicitario o la declaración pública vengán recogidos los elementos esenciales del futuro contrato, existe una auténtica oferta, por lo que, con su simple aceptación, se dará nacimiento al contrato.»: INFANTE RUIZ, 2015, p. 226.

El Derecho europeo distingue dos figuras diferentes: a) las ofertas públicas de proporcionar bienes o servicios a un determinado precio, hechas por un profesional, a través de publicidad, un catálogo o la muestra de bienes, a las que atribuye naturaleza de oferta de contrato<sup>79</sup> y b) las declaraciones públicas precontractuales, hechas también por un profesional, sobre las cualidades de un bien o servicio que ha puesto en el mercado. Tales declaraciones, sin ser verdadera oferta, se incorporan al contrato celebrado bajo su influencia<sup>80</sup>.

(c) Excluidas las dos hipótesis anteriores (*invatio ad offerendum*, verdadera oferta), la incorporación de la publicidad al contrato celebrado bajo su influencia tiene su fundamento en la última razón que indica la STS 12.07.2011: la buena fe contractual (art. 1258 CC), la protección de la confianza conforme al principio de buena fe (art. 1258 CC) o una ley que prevea esa incorporación.

Cuando el *iter* precontractual es complejo, la vinculación por la publicidad<sup>81</sup> la vinculación por la publicidad se puede producir antes del momento de perfección formal de contrato. Lo cual no significa que, de manera general, la publicidad u otras declaraciones obliguen a contratar conforme a ellas<sup>82</sup>.

## 2.9 LA DENOMINADA TEORÍA DE SUSTANTIVACIÓN OBLIGACIONAL DE LAS TÉCNICAS O PRÁCTICAS COMERCIALES DE «OFERTA PROMOCIÓN O PUBLICIDAD»

El rótulo y la formulación de esta teoría son debidos a Font Galán<sup>83</sup>. Este autor contrapone esta, su teoría, a la que denomina «interpretación meramente contractualista y formal del derecho de integración publicitaria del contrato»<sup>84</sup>, derecho regulado en el artículo 61.2 RDL 1/2007. Según este autor la publicidad obliga a

<sup>79</sup> Vid. SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 133 ss.

<sup>80</sup> Más arriba me he ocupado de la vinculación por las declaraciones públicas en el derecho europeo. Sobre ello, Vid. SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 142 ss.

<sup>81</sup> Esto tiene especial relevancia en la adquisición de viviendas en construcción. Sobre la vinculación en estos casos, pueden verse las consideraciones de: ALGABA ROS, 2006, p. 67 ss. Esta autora utiliza los instrumentos técnicos de concreción de la buena fe precontractual. En otro lugar, recoge una oportuna consideración de BLASCO GASCO: «La idea de que antes del acuerdo contractual no hay nada y, tras el acuerdo, todo, es jurídicamente incorrecta (...)», ALGABA ROS, 2006, p. 58.

<sup>82</sup> Me sugiere la reflexión del texto lo que dice GÓMEZ CALLE: «[P]uede exigirse la incorporación [de la publicidad] a un contrato que se desea celebrar y no solo al ya celebrado (...)»: GÓMEZ CALLE, 1994, pp. 76-77.

<sup>83</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 170 ss.

<sup>84</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 173.

contratar, «en los términos y con los contenidos» que resultan de ella<sup>85</sup>, pues los contenidos de la publicidad quedan sustantivados obligacionalmente «en ofertas al público». Es decir, recogiendo sus palabras, contienen una «implícita promesa de integrar con aquellas la oferta contractual y, consiguientemente, de contratar con sujeción a las condiciones jurídicas y económicas y garantías ofrecidas en tales declaraciones publicitarias» (art. 61.2 RDL 1/2007)<sup>86</sup>.

Font Galán cree necesario «tomar en consideración las [que denomina] conexiones funcionales normativas entre publicidad y contrato, claramente observables, según él, en el moderno tráfico económico y jurídico masificado correspondiente [a] un sistema de economía de mercado»<sup>87</sup>. Por ello, entiende que, «una vez reconocido a los consumidores el derecho a exigir la integración publicitaria del contrato pare[ce] razonable retrotraer la protección de este derecho (y de las legítimas expectativas económicas y jurídicas correspondientes) al momento previo a la celebración del contrato<sup>88</sup>, incluso haciendo exigible dicha celebración contractual cuando el empresario responsable de las declaraciones publicitarias con contenidos negociales se negara injustificadamente a celebrar el contrato con el consumidor exigente» (conducta de «boicot invertido» o «reúse de venta»)<sup>89</sup>. Considera que «el contenido informativo de la oferta o promesa comercial, de corte promocional o publicitario se convierte *ope legis* en oferta o promesa al público»<sup>90</sup>. Cree encontrar apoyo para ello, en el artículo 9 Ley 7/1996 (LCM), que refuerza lo dispuesto en el artículo 61.2 RDL 1/2007<sup>91</sup>.

La teoría de Font Galán es sin duda brillante, pero plantea una cuestión: ¿se adapta a la regulación del derecho positivo? Me parece que no. Aunque se tomen en consideración «las conexiones funcionales y normativas entre publicidad y contrato», no es posible convertir en verdaderas ofertas de contrato las declaraciones publicitarias y hacerlas vinculantes en un doble sentido: en cuanto a imponer el deber de celebrar el contrato y en cuanto a celebrarlo conforme al contenido anunciado. Debemos distinguir entre lo que

<sup>85</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 175.

<sup>86</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 175.

<sup>87</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 159.

<sup>88</sup> Esta idea, que había mantenido este autor en trabajos anteriores, parece reflejarse en MARTÍN GARCÍA, 2002, pp. 267-268. Aunque las afirmaciones hechas en otro lugar permiten ponerlo en duda: MARTÍN GARCÍA, 2002, p. 175.

<sup>89</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 159, nota 17.

<sup>90</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 171.

<sup>91</sup> FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 19.

es una verdadera «oferta de venta» o la «exposición<sup>92</sup> de artículos en establecimientos comerciales» (equiparada por ley a la oferta de venta), supuesto del artículo 9 Ley 7/1996, y lo que solo son «declaraciones públicas sobre las características de los productos hechas por el vendedor el productor o su representante (...) en la publicidad o en el etiquetado», contempladas en el artículo 116.1 RDL 1/2007. Las declaraciones públicas (realizadas a través de la publicidad o el etiquetado del producto) no son, por sí mismas, una oferta pública de contrato. Vinculan a través del contrato celebrado confiando en ellas, pero, en el plano del Derecho privado, no otorgan un derecho, a todo el que las conozca, a exigir al empresario la celebración de un contrato en las condiciones de las mismas. A diferencia de la «oferta pública de venta», a la que se refiere el artículo 9 Ley 7/1996, no son una verdadera oferta de contrato de compraventa, sino manifestaciones informativas acerca de un determinado bien, producto o servicio que se halla en el mercado.

## 2.10 DOS MODOS DE PRODUCIRSE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO: PRESUPOSICIÓN, DEBER DE PRESTACIÓN

Los contenidos de la información publicitaria se pueden incorporar al contrato de dos modos diferentes<sup>93</sup>: (a) como presuposiciones del contrato (hechos o circunstancias tomados en cuenta en el contrato como base fáctica del mismo) o (b) como obligaciones/garantías de un contratante (anunciante) con respecto al otro. En el primer caso, el contratante que ha confiado en la exactitud de la información publicitaria recibida podrá utilizar los remedios precontractuales, conforme al supuesto de aplicación de cada uno de ellos. Tales remedios son: la anulación del contrato (por error o por dolo), o/y la indemnización de daños (por dolo o error imputable [*culpa in contrahendo*])<sup>94</sup>. En el *segundo* caso, el contratante que ha confiado podrá utilizar los remedios propios del incumplimiento del contrato: la pretensión de cumplimiento (incluyendo la subsanación del cumplimiento defectuoso), si este cumplimiento es posible, la indemnización del daño producido por el incumplimien-

<sup>92</sup> En el mismo sentido, con información sobre las opiniones doctrinales: ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 235.

<sup>93</sup> RUBIO TORRANO distingue entre la *incorporación* de la publicidad al contrato y la *vinculación* que produce en el contrato. (RUBIO TORRANO, 2013, p. 466.). La incorporación no supone necesariamente vinculación (garantía de lo anunciado), puede constituir sólo presuposición del contrato (dando lugar a remedios precontractuales).

<sup>94</sup> RUBIO TORRANO, p. 469.



to de lo anunciado, la reducción del precio (por falta de conformidad de la cosa con lo anunciado), la *resolución* del contrato.

En la jurisprudencia que analizo, el TS protege la confianza en la publicidad a través del sistema de responsabilidad contractual por incumplimiento (aplica remedios del incumplimiento). Esto no excluye, sin embargo, que la protección de la confianza en los contenidos publicitarios se pueda canalizar a través de los remedios precontractuales. En la reciente STS 06.02.2020, la pérdida de las vistas al mar anunciadas permite al comprador de una casa anular el contrato, por error (*vid. infra*).

¿Qué es lo que determina que los contenidos de la oferta publicitaria se incorporen al contrato como obligación (deber de prestación)? Cuando existe una norma especial que prevé la incorporación, es ella la que determina el modo en que la incorporación se produce y sus efectos [por ejemplo, art. 116 1.d), en relación con 114 y 118 ss RDL 1/2007]. Cuando esa norma no existe y se aplica la regla general (extraída del principio de buena fe), lo que determina la obligación del anunciante es el hecho de que el contratante que contrata influido por la publicidad pueda creer, justificadamente, en el momento de contratar, que el otro contratante ha quedado vinculado por sus manifestaciones. Así, por ejemplo, cuando se anuncia, en una promoción inmobiliaria, que las viviendas tendrán determinadas características o que existirán unas zonas deportivas comunes, el comprador de una vivienda puede creer justificadamente que el vendedor le entregará una vivienda conforme a las cualidades descritas en la publicidad y que, de no hacerlo, incumple el contrato. Así lo tiene establecido la jurisprudencia del TS. Veamos algunas sentencias a modo de ejemplo.

La STS 27.01.1977 considera que, de acuerdo con el principio de buena fe, lo afirmado en los folletos de propaganda del vendedor le vincula frente al comprador, «al creerlos [este] con todo fundamento, vinculantes para la empresa [el vendedor]».

La STS 11.06.2015 (que reitera la doctrina de la STS 12.07.2011) utiliza algunas expresiones técnicas, para caracterizar jurídicamente la incorporación de la publicidad al contrato. Usa las siguientes expresiones: «representación contractual», «estipulación [contractual] implícita», «estipulaciones normativas contractuales», motivos causalizados o causa concreta. Representación contractual significa que los contenidos de la publicidad no solo determinan, en el contratante que la recibe, su idea de la cosa (representación subjetiva) sino que se incorporan al contrato y adquieren eficacia en él. Estipulación implícita (cláusula implícita) significa que el contenido de la publicidad no se ha incorpora-

do al contrato por acuerdo expreso, como una cláusula de este, sino por la integración del mismo con los contenidos de la publicidad, conforme al principio de buena fe (art. 1258 CC)<sup>95</sup>. La expresión «estipulaciones normativas contractuales» indica que la incorporación al contrato es consecuencia de la norma (integración conforme al principio de buena fe). La expresión «motivos causalizados» o «causa concreta» significa que el contenido de la publicidad, que determinó al otro contratante a celebrar el contrato (en su dimensión subjetiva) se incorpora a él, como presuposición básica del mismo. La realización de tales motivos es una *exigencia* del propio contrato. La falta de realización de los mismos puede dar lugar a la aplicación de remedios precontractuales [vicios del consentimiento<sup>96</sup>, responsabilidad (*in contrahendo*)], o de remedios contractuales, como ocurre en esta sentencia.

He dicho anteriormente que la incorporación de la publicidad al contrato puede estar prevista en una ley especial. En ese caso, ella determina su supuesto de aplicación y sus efectos. Así, por ejemplo, el artículo 61 RDL 1/2007 (y otros del mismo RDL). Conforme a este artículo el contenido de la publicidad es exigible por el consumidor (en el contrato celebrado). Permite el ejercicio de los remedios del incumplimiento. Se ha afirmado que el artículo 61 RDL 1/2007 «no puede servir de base legal para el ejercicio de [...] las acciones civiles que pretendan anular el contrato con base en la concurrencia de error en el consumidor inducido por la publicidad» o «las acciones de indemnización por culpa *in contrahendo*»<sup>97</sup>. Si nos atenemos a lo que dispone este artículo, esto es correcto: solo prevé ese efecto. Pero eso no excluye que el consumidor pueda utilizar un remedio precontractual (anulación, indemnización)<sup>98</sup>, conforme a su régimen general<sup>99</sup>. La STS 06.02.2020 aplica el error<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> *Término implícito* es una expresión proveniente del *Common Law*. Como indica GARCÍA RUBIO, los términos implícitos están reconocidos en los artículos 6:102 PECL, 5.1.2 Principios UNIDROIT y, en cierta medida, en el artículo II.9-101 DCFR. Designan contenidos del contrato incorporados al mismo por medio de la integración; así sucede con los que resultan del principio de buena fe. (GARCÍA RUBIO, 2010, p. 1374.)

<sup>96</sup> Así en la STS 06.02.2020.

<sup>97</sup> CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 528.

<sup>98</sup> CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 527.

<sup>99</sup> «Aunque a primera vista parezca lo contrario, la proscripción eficiente del engaño publicitario no pasa por la ampliación del ámbito del error o el dolo relevante, sino por la absoluta objetivación del régimen sancionatorio de la publicidad engañosa». Así: CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III, 1996, p. 10.

<sup>100</sup> En este caso las vistas al mar están anunciadas y son perceptibles, en el momento de la celebración del contrato, desde la «casa muestra» comprada.

## 2.11 INSUFICIENCIA DEL CONTRATO E INTEGRACIÓN MEDIANTE LA PUBLICIDAD

Para que se produzca la integración del contrato mediante la publicidad ¿es necesario que sea insuficiente la regulación del mismo (contrato documentado)?<sup>101</sup>

La STS 27.01.1977 se refiere a la insuficiencia del contrato (a lo «parco» del contrato) documentado para justificar que el comprador se haya guiado por la publicidad de la vendedora<sup>102</sup>. Pero, en realidad, en esta sentencia, no es, por sí misma, la insuficiencia del contrato la que fundamenta la incorporación de la publicidad al mismo, sino el hecho de que el comprador, de modo razonable, ha tomado en cuenta la descripción publicitaria del objeto. De modo parecido sucede en la STS 26.06.1999. La compradora «hubo de estar a lo expuesto en la propaganda», por la falta de concreción del documento contractual.

No es correcto entender que la publicidad solo se incorpora al contrato si existen lagunas en él. La publicidad (a diferencia de los usos, que suplen las carencias del contrato) integra el contrato porque lo exige la buena fe. La buena fe convierte a la publicidad en fuente de integración del contrato (art. 1258 CC), con independencia de que este sea o no completo. Por ello, la suficiencia del contrato (documento contractual), el que el mismo contenga una regulación completa distinta de lo anunciado, no excluye que la confianza creada por la publicidad deba ser tomada en cuenta para integrar el contrato, desplazando lo que resulta de determinadas cláusulas del mismo.

Como indica Cabanillas, refiriéndose a la integración del contrato por medio de la publicidad (teniendo en cuenta a Lacruz y a

---

<sup>101</sup> ELIZALDE IBARBIA indica que en este punto las posiciones doctrinales se agrupan en dos: «De un lado, aquellos autores que –por sus conclusiones– entenderían que los artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU sólo sirven para integrar una “laguna” contractual y que, por ende, harían primar necesariamente el contenido acordado sobre la publicidad, descartando la aplicación de los artículos citados en los supuestos de declaraciones negociales completas; y, del otro, aquellos para quienes las normas de integración operan sin necesidad de laguna, como canon de buena fe que actúa al margen de la autonomía de la voluntad –pudiendo incluso contradecirla– y, por consiguiente, hacen primar la información publicitaria sobre lo acordado en perjuicio del consumidor»: ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 237.

<sup>102</sup> CÁMARA LAPUENTE conecta el problema del papel de la autonomía de la voluntad con una cuestión más general, «el propio concepto de integración contractual». Recuerda que existen «dos conocidas corrientes de filosofía antagónica». Una, entiende «que es preciso para integrar que exista una laguna que no pueda colmarse a partir de la voluntad presunta de las partes». Otra, «conforme a la visión dominante del artículo 1258 CC» según la cual «la integración prescinde de la autonomía de la voluntad y permite corregir judicialmente las cláusulas contractuales conforme a la buena fe objetiva». (CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522.)

Roca Guillamón): «El art. 1258 es de *ius cogens*, y su aplicación ni puede ser eliminada por las partes, ni requiere la preexistencia de una laguna contractual»<sup>103</sup>. A lo que añade: «El contrato no se integra porque las partes hayan dejado en él lagunas, (...). Se trata de una objetiva ordenación de la reglamentación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes»<sup>104</sup>.

Infante Ruiz no limita la integración del contrato mediante la publicidad, prevista para las relaciones de consumo en el artículo 65 RDL 1/2007<sup>105</sup>, a los casos de «omisión de información precontractual relevante»<sup>106</sup>.

## 2.12 EL MODELO DEL COMPRADOR MEDIO

El Tribunal Supremo, como se advierte en algunas sentencias analizadas, utiliza criterios objetivos para determinar que la publicidad ha generado confianza. Así, la STS 30.05.2011, al valorar la influencia de la publicidad tiene en cuenta el modelo del comprador medio. Esto facilita la prueba. Permite, en el caso de esta sentencia, que el Presidente de la Comunidad de Propietarios ejercite la acción para exigir lo anunciado por el conjunto de compradores, copropietarios del edificio, pues utilizando criterios objetivos (a falta de otros concretos) es equiparable la influencia de la publicidad en cada uno de ellos. Y, en cuanto al anunciante responsable, puede considerarse cognoscible para él la influencia de la publicidad en los sujetos que participan en el mercado. La previsibilidad o cognoscibilidad es la base de su responsabilidad<sup>107</sup>.

La STS 12.07.2011 utiliza un modelo objetivo o abstracto de sujeto para justificar la confianza creada por la publicidad. Según el TS, las «excepcionales vistas» de las viviendas anunciadas influyen de «manera decisiva en [la decisión] de la adquisición»; no por capricho de la parte compradora, pues «un tercero en la misma situación» «habría actuado del mismo modo». Las cualidades ofertadas (las vistas de las viviendas) tienen importancia en el sector del mercado al

<sup>103</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 146.

<sup>104</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 146.

<sup>105</sup> Artículo 65 RDL 1/2007: «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.»

<sup>106</sup> «[E]l significado de esta integración es incluso mayor, puesto que la integración no sólo debe tener lugar cuando en el contrato de consumo se omite la información precontractual relevante, tal y como prevé este precepto, sino también cuando esta información sea engañosa, incompleta o inexacta.»: INFANTE RUIZ, 2015, p. 224. Tampoco cree necesario que exista una laguna del contrato, GARCÍA VICENTE, 2009, p. 786.

<sup>107</sup> En relación con la cuestión *vid.* CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

que se dirige la publicidad de la vendedora en los «tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto con la naturaleza». El TS rechaza el criterio de la vendedora (recurrente) que consideraba necesario que los compradores hubieran expresado en el contrato, la esencialidad de las vistas de las viviendas para ellos.

## 2.13 EXIGENCIA DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN PUBLICITARIA

Dentro la publicidad comercial debemos distinguir dos tipos: la que tiene valor informativo y la que es «pura invitación o reclamo, en el camino hacia la celebración de una masa de contratos»<sup>108</sup>. Solo la primera, por su concreción, permite incorporar sus contenidos al contrato. El Tribunal Supremo exige concreción de los contenidos publicitarios.

En el caso de la STS 12.07.2011 el folleto publicitario de las viviendas anuncia vistas al golf, al mar y a las montañas. Se plantea la cuestión de si «la publicidad expresada es una mera promoción publicitaria» o vincula a la vendedora. El Tribunal Supremo considera que la vincula, pues indica que las viviendas a construir tendrán excepcionales vistas, descritas de modo concreto en cada una de ellas. La vendedora no ha cumplido lo anunciado.

La STS 23.07.2013 (citando a la anterior) considera que la publicidad de la vendedora ofrece una información concreta «que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes». Por ello, aunque «no es oferta en sentido estricto», resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual, conforme al artículo 1258 CC. Este mismo criterio lo reitera la STS 11.06.2015, que recoge literalmente la doctrina de la sentencia anterior.

Podría suscitar alguna duda sobre la concreción de la publicidad la STS 23.07.2013. Esta sentencia afirma que «al comprador se le ofrecía un entorno paradisíaco que no tiene correspondencia con la realidad». Un entorno paradisíaco parece ser más un reclamo para conseguir la celebración de un contrato que una información concreta sobre el objeto. Pero no es así, porque la calificación de *entorno paradisíaco* está fundada en datos concretos: la construcción de un puerto deportivo y un campo de golf.

---

<sup>108</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 383, MORALES MORENO, 2006, pp. 262, 263, GARCÍA VICENTE, 2009, 785

## 2.14 LA VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD COMO CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La vinculación por la publicidad se plantea a menudo en casación como una cuestión de interpretación del contrato<sup>109</sup>. En el debate casacional advertimos una tensión entre el argumento de la literalidad del documento contractual (art. 1281 I CC) y la exigencia de tomar en consideración los actos anteriores de los contratantes (argumento artículo 1282 CC: en aplicación analógica), en los que se incluye la publicidad («declaraciones públicas»). El Tribunal Supremo no admite que la claridad de los términos del documento contractual impida dar relevancia jurídica al contenido de los folletos de propaganda, si así resulta del principio de buena fe (STS. 27.01.1977). La STS 12.07.2011 distingue, por ello, entre contrato y documento: «[N]o cabe confundir contrato con documento en que se formalizó el contrato», «por el valor vinculante de la oferta publicitaria».

En la STS 19.02.1981 se plantea la siguiente cuestión: si los contratos litigiosos comprenden exclusivamente los pisos y chalets vendidos o incluyen la zona deportiva, incluida la piscina. El vendedor, recurrente en casación, invoca la fuerza del documento contractual, fundándose en el artículo 1281 I CC, pues la piscina no está en la descripción documental del objeto vendido. El TS, en cambio, considera que esa falta de mención no significa exclusión, pues, conforme a lo que dispone el artículo 1282 CC, hay que tener en cuenta los actos anteriores del vendedor, entre los que se incluye su publicidad (declaraciones públicas). En este caso el promotor, recurrente en casación, no cuestiona la aplicación del artículo 1258 CC sino la de los artículos 1281 y 1282 CC. Pero, frente al criterio literalista del artículo 1281, adquiere en este caso valor lo que dispone el artículo 1282 CC, por virtud del principio de buena fe.

## 2.15 LOS PACTOS MODIFICATIVOS DE LAS CONDICIONES ANUNCIADAS COMO ACTOS DE RENUNCIA

En las sentencias del Tribunal Supremo estudiadas encontramos pactos modificativos de lo anunciado, por medio de una cláusula inserta en el contrato documentado. El TS admite la eficacia de estos pactos, si tienen concreción suficiente; pero controla su

---

<sup>109</sup> Un estado de la cuestión sobre la interpretación e integración del contrato puede verse en: RAGEL SÁNCHEZ, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010.

eficacia, conforme a la buena fe. Así, por ejemplo, alguna sentencia considera que no se ajusta a la buena fe, utilizar la cláusula, *tal como está redactada*, para privar al otro contratante del derecho a exigir en el piso comprado las características que figuran en el proyecto de construcción<sup>110</sup>. Me refiero, a continuación, a estas sentencias.

La STS 16.02.1993 admite que los pactos modificativos de las condiciones anunciadas prevalecen sobre estas. En este caso los folletos publicitarios contienen condiciones expresadas «de forma genérica y escueta». Frente a ellas prevalecen «las que de modo singular y en extremo detallado convinieron los distintos accionantes, al tiempo de contratar con la promotora demandada».

Según la STS 02.12.1986, el hecho de que el comprador firme el contrato conociendo o habiendo debido conocer [no pudiendo ignorar] el cambio en la ejecución del proyecto, por haber visitado los bloques cuando estaban totalmente contruidos, implica que el comprador consiente y está conforme con ese cambio.

La STS 23.05.2003 no considera suficiente, para que exista renuncia a la cancha de tenis anunciada, la manifestación de los compradores de conocer los estatutos de la comunidad de propietarios (en los que no se incluye esa cancha), hecha en la escritura pública de compraventa, porque los compradores no tenían conocimiento de la renuncia que realizaban. El TS aplica en este caso su doctrina sobre la renuncia de derechos: «[D]ebe ser expresa y concreta, y de aplicación restrictiva».

La STS 17.10.2005 tampoco admite que la cláusula inserta en la escritura pública modifique lo anunciado. La cláusula dispone: «[L]a parte compradora toma posesión en este acto de las fincas transmitidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad». Esta manifestación de conformidad, según el TS, carece de eficacia, por falta de conocimiento de que los pisos, en lo que se refiere a la altura de sus techos, no son conformes a lo anunciado. El TS presume esa falta de conocimiento<sup>111</sup> y considera que la misma no se debe a negligencia de los compradores, teniendo

---

<sup>110</sup> ZUBERO QUINTANILLA extrae la siguiente conclusión del análisis de la jurisprudencia: «[E]s destacable que en caso de que los pactos entre los contratantes se hayan realizado con consentimiento expreso, tras haber sido informados correctamente, cabe reconocer la primacía de la autonomía de la voluntad como límite a la integración de la publicidad en el contrato, aun cuando lo pactado sea menos beneficioso para el comprador» ZUBERO QUINTANILLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2016.

<sup>111</sup> Porque («como con cabal acierto razona la sentencia recurrida») «generalmente un primer y frecuentemente único examen de la vivienda no pone de relieve de forma inmediata el defecto a que nos venimos refiriendo, sino que es una vez habitada la misma, y ante todo una vez amueblada la vivienda (mejor sería decir cuando se trata de amueblar), cuando se puede observar con mucha mayor precisión que las alturas de los techos son inferiores a las que cabría esperar».

en cuenta su condición de consumidores<sup>112</sup>. Afirma, además, que «no se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica, de la índole de la mencionada, defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino».

De lo expuesto podemos extraer dos conclusiones. Primera. El Tribunal Supremo admite que la autonomía de la voluntad (mediante cláusulas insertas en el contrato documentado) pueda excluir o modificar la vinculación que resultaría de la publicidad previa. Pero el principio de buena fe (o la ley aplicable al supuesto de que se trate) puede limitar la eficacia de este tipo de cláusulas. Segunda. El Tribunal Supremo, atribuye a este tipo de cláusulas la naturaleza de acto de renuncia y les aplica las reglas propias de estos actos (cuando no se recibe nada a cambio). La renuncia tiene carácter excepcional. Esto exige que la cláusula que la contiene ponga de manifiesto la voluntad de renunciar a algo concreto<sup>113</sup>. No sirven cláusulas demasiado genéricas o ambiguas (como manifestaciones genéricas de conformidad de lo recibido o una concesión al otro contratante de una facultad genérica de introducir variaciones en lo anunciado). La manifestación de que el objeto recibido es conforme al contrato carece de eficacia si el contratante que la emite no conoce, justificadamente, la falta de conformidad del mismo (STS 17.10.2005).

¿A qué se refiere la renuncia? Depende de las circunstancias de cada caso.

(1) Si previamente se ha celebrado un contrato (en documento privado) o un contrato preparatorio suficientemente completo, la renuncia hecha en el documento definitivo (por ejemplo, escritura pública) se refiere a un derecho nacido de ese contrato.

(2) Si no existe un derecho previo pero una ley ordena la integración del contrato mediante la publicidad [por ej., art. 116.1.d) RDL 1/2007], la renuncia se refiere al derecho que resulta de aplicar esa ley, una vez celebrado el contrato.

(3) Por fin, si no existe esa ley, sino que la integración del contrato por medio de la publicidad resulta del principio de buena fe, las cláusulas de exclusión no son propiamente un acto de renuncia a un derecho previo, sino un límite a la protección de la con-

---

<sup>112</sup> El TS afirma: [D]ebe resaltarse que los compradores son simples consumidores, no expertos o profesionales, por lo que es razonable el criterio del juzgador de instancia de no apreciar negligencia en los mismos, es decir, que, dadas las circunstancias no cabe estimar que hayan *podido conocer* la situación fáctico-jurídica mediante una normal diligencia».

<sup>113</sup> Los actos unilaterales de renuncia están sometidos a interpretación estricta (art. artículo 1289 I CC).



fianza. La renuncia pone de manifiesto que no existe confianza. Mas para determinar si existe o no confianza protegible, es oportuno aplicar los criterios aplicables a los actos de renuncia.

## 2.16 LA RESERVA DEL DERECHO A INTRODUCIR VARIACIONES

En algunas sentencias del TS la vendedora, promotora de la edificación, se reserva facultades de introducir variaciones en el proyecto inicial, durante la ejecución de la obra. El TS somete a control estas cláusulas: las interpreta de modo restrictivo y en algún caso las considera abusivas.

En la STS 30.06.1997 la promotora inmobiliaria se reserva el derecho a introducir variaciones en la ejecución de la obra. El TS interpreta de modo restrictivo esta cláusula: «solamente ha autorizado aquellas variaciones secundarias y normales», pero no las realizadas, consistentes en la sustitución del sistema de calefacción central del edificio por un sistema de calefacción individual eléctrica, más costosa de mantener.

La STS 04.12.1998 se refiere a un caso en el que los compradores de las viviendas autorizan a la promotora, mediante una cláusula, a modificar el proyecto inicial del edificio. El TS considera que esta cláusula es abusiva. Redactada por la promotora, en ella se atribuye facultades amplias y plenamente abiertas de introducir variaciones, que solo satisfacen su interés y rompen el equilibrio del contrato.

Para concluir, el TS admite la eficacia de estas cláusulas si las facultades de variación son secundarias y normales (en los procesos de edificación) y la excluye cuando son amplias y abiertas.

## 2.17 EL DEBER DE CUMPLIR LO ANUNCIADO: DEBER DE PRESTACIÓN Y DEBER DE GARANTÍA

Las sentencias del TS estudiadas atribuyen a la publicidad el efecto de crear obligaciones: deberes de prestación del contratante vinculado. Unas veces, el incumplimiento de tales deberes puede ser subsanado. En estos casos la condena se refiere a ejecutar esa subsanación. Otras, aunque teóricamente sea posible la subsanación del incumplimiento, no lo es desde un punto de vista económico. En estos casos, el TS concede la indemnización de daños y, a veces, la resolución del contrato. Lo mismo sucede cuando es imposible el cumplimiento de lo anunciado (por ej.: lo impide el planeamiento). Hay casos en los que lo anunciado (campo de golf, puerto deporti-

vo) debe ser ejecutado por un tercero (por ej.: el Ayuntamiento). En estos casos el anunciante también incumple su obligación si la publicidad crea la confianza de que garantiza la ejecución.

## 2.18 EXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN ALGUNOS SUPUESTOS: CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO POR TERCERO

Me refiero ahora a dos supuestos en los que el TS considera que existe incumplimiento: (1) La edificación se ajusta al planeamiento y (2) Las obras anunciadas deben ser ejecutadas por un tercero, la Administración.

(1) En algunas sentencias la promotora/vendedora utiliza como argumento para eludir la vinculación por la publicidad, que la construcción se ha desarrollado conforme a las exigencias del proyecto aprobado por la Administración y a la licencia correspondiente. Sin embargo, según el TS esto no justifica dejar de cumplir lo anunciado (STS 30.05.2011). En el caso de esta sentencia, la expresión «pendiente de aprobación», que figura en la publicidad no libera al vendedor de cumplir lo anunciado.

(2) Tampoco impide que exista incumplimiento el hecho de que la ejecución de lo anunciado esté a cargo de un tercero, que actúa de modo independiente. Así en la STS 23.07.2013, es el Ayuntamiento el que no ejecuta las obras del puerto deportivo y el campo de golf anunciadas. Esto no libera al vendedor, porque «no hay referencia a la Corporación municipal como impulsora, en el contrato ni en la publicidad, de forma que inducía a confusión al contratante». Hubiera sido necesario que el anunciante, de algún modo, hubiera puesto de manifiesto que esas obras estaban programadas por un tercero, sin él garantizar su realización.

## 2.19 PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La pretensión de cumplimiento suele referirse a la subsanación del cumplimiento defectuoso. Las siguientes sentencias TS condenan a cumplir el contrato conforme a lo anunciado: STS 20.01.1989 (reparar imperfecciones de las viviendas vendidas); STS 08.11.1996 (realizar en el terreno las obras necesarias para dotarlo de jardinería, columpios, piscina, pista de tenis); STS 21.07.1993 (dotar a los pisos del acabado anunciado: armarios empotrados).

## 2.20 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El TS considera procedente la resolución del contrato cuando el incumplimiento es esencial. Hay sentencias que no estiman su existencia; otras que sí.

La STS 01.10.2012 (referida a una venta entre empresarios) no estima la resolución del contrato pedida en la demanda, porque el incumplimiento no es esencial. El TS considera que la obligación del vendedor de obtener financiación para el comprador, tal como se había anunciado, por la subrogación de este en el crédito concedido para la edificación, es una obligación de medios, de naturaleza *accessoria*, cuyo incumplimiento no es esencial. Pero deja abierta la posibilidad de que el comprador hubiera podido ejercitar otros remedios, como la pretensión de cumplimiento o la de indemnización.

En la STS 26.06.1999 los defectos de calidades y la falta de construcción de la piscina anunciada permiten la resolución.

La STS 12.07.2011 admite la existencia de un incumplimiento esencial que permite la resolución del contrato. En este caso, las viviendas no tienen las vistas anunciadas. El TS califica de grave (esencial) el incumplimiento del vendedor, «por insatisfacción total del comprador». «[L]a falta de las vistas –indica el TS– no reduce [simplemente] el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores». A juicio del TS, la resolución, pedida en la demanda, es el remedio idóneo, pues las legítimas expectativas frustradas «no resultan compensadas con una mera indemnización».

En la STS 20.11.2017 el TS (dando lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador de la vivienda) considera que procede la resolución del contrato, porque varios incumplimientos parciales no esenciales (el campo de golf solo tiene ocho hoyos y no dieciocho, la urbanización no tiene acceso a la autopista, la vivienda entregada no es un bajo sino un semisótano) dan lugar a un incumplimiento esencial.

## 2.21 INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Hay sentencias del TS en las que se condena al anunciante (normalmente el vendedor de un piso) a indemnizar al otro contratante (comprador) el daño causado por el incumplimiento del contrato

(en los términos anunciados). La condena a indemnizar se funda en el artículo 1101 CC (por ej.: STS 20.01.1989).

En la jurisprudencia analizada, el daño que se indemniza está relacionado directamente con la prestación incumplida (es un daño en la propia cosa). No se contempla la indemnización de otros daños derivados del incumplimiento del contrato. La regla de la previsibilidad del daño (art. 1107 I CC) dificultaría poder indemnizar esos daños. Si la vinculación contractual surge de la confianza creada por unas declaraciones públicas dirigidas a un círculo amplio de destinatarios, el daño previsible por el anunciante ha de circunscribirse a la prestación prometida y no ejecutada.

En la STS 15.02.1994 el incumplimiento del organizador de la estancia de estudio en el extranjero es no haber contratado el seguro anunciado. Ocurrido el accidente, la indemnización consiste en reparar el daño causado por el accidente (como si se hubiera concertado el seguro). El no haberlo concertado le traslada el riesgo que debería haber cubierto ese seguro. Su deber de indemnizar surge del incumplimiento de los anunciado y no de un deber de protección propio (típico) del contrato celebrado.

En la STS 08.11.1996, la condena a indemnizar es subsidiaria de la de realizar las obras necesarias para dotar a los terrenos de las dotaciones anunciadas. La indemnización es oportuna cuando, terminada la obra, ya no es razonable imponer el cumplimiento de lo anunciado (por ej.: STS 30.05.2011), pues sería excesivamente costoso. El interés del acreedor se satisface por la indemnización y no deshaciendo y rehaciendo la obra.

El incumplimiento consistente en la insuficiente altura de los techos, terminada la obra, no admite (de modo razonable) la subsanación. Es adecuado el remedio de la indemnización (*vid.* STS 17.10.2005). También la STS 29.09.2004 considera adecuado el remedio de la indemnización «al no ser posible el cumplimiento *in natura*» (subsanación de los defectos de acabado).

## 2.22 CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Algunas sentencias indican el criterio de cálculo de la indemnización. En las SSTs 30.06.1997 y 24.10.2000 el edificio no cuenta con la calefacción central anunciada, sino con un sistema de instalación individual eléctrica. La indemnización a los compradores se calcula teniendo en cuenta el precio de mercado de las viviendas en su estado actual y el que tendrían si dispusieran de calefacción central. Este sistema de cálculo es propio de la acción indemnizatoria

y no de la de reducción del precio. En esta, la reducción del precio es proporcional, tomando en cuenta la relación entre precio pagado y precio de mercado (art. 1486 I CC). La STS 30.05.2011, en un caso en el que la publicidad ofrece una visión del conjunto urbanístico distinta de la que se ha materializado en la ejecución de la obra, también se concede indemnización de daños. Pero no queda claro cómo se calcula el daño. Conforme al criterio utilizado en las dos sentencias anteriores, el criterio sería el del menor valor del piso afectado, conforme al precio de mercado.

En la STS 28.02.2013, el incumplimiento consiste en no haber transmitido a la comunidad de propietarios de los adquirentes el terreno con las instalaciones anunciadas (sino solo el derecho a utilizarlas). La indemnización reclamada por la comunidad de propietarios consiste en el valor del suelo en el que se asienta la zona deportiva y el de las instalaciones construidas en ella.

La STS 27.05.1996 plantea la cuestión de si, al calcular el daño por la menor calidad de los radiadores instalados, se puede tomar en cuenta la mejor calidad de las ventanas instaladas. El TS no lo admite. Obliga a indemnizar la totalidad del daño.

## 2.23 PUBLICIDAD DE TERCERO

En la jurisprudencia del TS analizada no se plantea la cuestión de la vinculación por la publicidad de tercero. En los casos juzgados (normalmente de promociones inmobiliarias) la publicidad proviene del otro contratante<sup>114</sup>. Sin embargo, voy a hacer una breve consideración sobre la publicidad de tercero teniendo en cuenta el Derecho uniforme y europeo, y el Derecho español (legislación de consumo, Código civil, principio de buena fe).

La CISG no regula la vinculación por la publicidad de tercero. Ni siquiera menciona la falta de conformidad por no cumplir la

---

<sup>114</sup> Á. CUESTA GARCÍA DE LEONARDO justifica del siguiente modo la ausencia de sentencias sobre la publicidad de tercero: «[L]os Tribunales equiparan la publicidad a una oferta de contrato vinculante, o bien argumentan la vinculatoriedad de la misma como postulado del principio de la buena fe contractual. Tal es la opción judicial de la que se ha derivado una importante limitación práctica: los Tribunales no han realizado nunca la integración del contrato con materiales publicitarios de origen extraño al propio oferente, por lo que la publicidad procedente de un anunciante-tercero –que es la más frecuente en el mercado contemporáneo– resulta en la práctica inexigible por el consumidor, ni directamente del propio anunciante mediante una acción extracontractual, ni indirectamente a través de la garantía del comerciante, ya que la integración del contrato mediante la publicidad no es, en ninguno de los siguientes casos, heterointegración del mismo.» ( CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, *Revista Doctrinal Aranzadi Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III, 1996) Sin embargo, creo que tanto la ley (cuando lo establece) como el principio de buena fe permiten vincular al contratante por la publicidad de tercero.

cosa las especificaciones de la publicidad (art. 35 CISG). Los PECL (art. 6:101.[3]) y los ACQP (art. 4:108)<sup>115</sup>, sí prevén la vinculación del contratante profesional por la publicidad de tercero, sin excluirla en las relaciones entre empresarios<sup>116</sup>. En cambio, el DCFR solo prevé la vinculación del contratante profesional por la publicidad de tercero cuando la otra parte es un consumidor (arts. II.-9:102[4], IV. A-2:303 DCFR). El artículo 69 (3) CESL también limita la vinculación del empresario por la publicidad de tercero a las ventas de consumo. Para justificar la vinculación del empresario por la publicidad de tercero, se ha señalado que la misma le produce ventaja<sup>117</sup>.

En Derecho español, la legislación de consumo prevé la vinculación por la publicidad de tercero, bajo ciertos presupuestos y con ciertos límites<sup>118</sup>. Así lo disponen el artículo 116.1.d RDL 1/2007 y el artículo 154 RDL 1/2007 (la información obligatoria facilitada al viajero por el por el organizador vincula al minorista)<sup>119</sup>. El CC español, como sabemos, no regula expresamente la vinculación por la publicidad, del contratante o de un tercero. Sin embargo, la vinculación por la publicidad de tercero, como ocurre con la del contratante, puede resultar del principio de buena fe (art. 1258 CC). Por ejemplo, si el contratante profesional conoce que el otro contratante celebra el contrato bajo la representación mental del objeto que le ha proporcionado la publicidad de tercero. Como afirma Infante Ruiz, «no es conforme con la buena fe aprovecharse de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración del contrato sin responsabilizarse de sus contenidos»<sup>120</sup>. La Propuesta de Modernización del CC sí regula la vinculación del contratante profesional tanto por sus manifestaciones como por las de tercero (art. 1276 PM)<sup>121</sup>.

<sup>115</sup> SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 146.

<sup>116</sup> Así lo destacan SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 146. En los PECL, la extensión de la vinculación por la publicidad de tercero a las relaciones entre empresarios (cuando la publicidad proviene del fabricante o de un sujeto situado en un eslabón superior de la cadena de distribución) viene propiciada en los PECL porque sus reglas tienen carácter general, y no toman en cuenta las relaciones de consumo, DEDEK, 2018, pp. 793-794.

<sup>117</sup> SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 147.

<sup>118</sup> LÓPEZ MAZA Y GARCÍA VICENTE, 2015, p. 875.

<sup>119</sup> Sobre las correspondientes Directivas en este punto, SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 145.

<sup>120</sup> INFANTE RUIZ, 2015, pp. 222-223.

<sup>121</sup> Artículo 1276. *Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta.*

*No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos.*

## 2.24 OTRAS CUESTIONES: LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

La cuestión de la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar lo anunciado aparece en algunas sentencias analizadas. La legitimación, ciertamente, puede suscitar dudas ya que el problema se refiere, normalmente, a los contratos celebrados por cada uno de los propietarios con el promotor, no necesariamente iguales. Sin embargo, las SSTs 08.11.1996 y 30.05.2011 le reconocen legitimación para reclamar al promotor/vendedor el cumplimiento de sus declaraciones públicas, tanto en relación con los elementos comunes como, incluso, con los privativos (ventanas)<sup>122</sup>.

En lo que se refiere a los elementos comunes, facilita la legitimación del presidente, el que la jurisprudencia, a falta de prueba diferente, utilice criterios objetivos; tenga en cuenta el comportamiento normal de una persona de tipo medio; es decir utilice un modelo de sujeto coincidente en todos los compradores que integran la comunidad de propietarios. Así, por ejemplo, la STS 12.07.2011 considera que un tercero en la misma situación habría actuado igual. Y, de modo parecido, la STS 30.05.2011 utiliza el modelo del comprador medio. Por otra parte, el que algunos compradores carezcan de derecho a exigir lo anunciado en cuanto a los elementos comunes (porque han renunciado o por no existir en ellos la necesaria confianza) no priva al resto del derecho a reclamar al vendedor la dotación de los mismos, cuando resulte procedente, y para ello se otorga legitimación al presidente de la comunidad.

---

<sup>122</sup> De esta cuestión se ha ocupado, REBOLLEDO VARELA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 6/2005. Según este autor, en la jurisprudencia «se admite la legitimación activa del presidente en relación con los defectos en elementos privativos sin necesidad de una autorización expresa del comunero, y tan sólo se niega (...) cuando existe una oposición formal y expresa por parte del comunero». REBOLLEDO VARELA se plantea la cuestión de «si se puede mantener la misma legitimación activa del presidente de la comunidad cuando de lo que se trata no es de una reclamación por vicios o defectos constructivos sino de incumplimiento contractual en relación con las calidades pactadas en los contratos». Lo cual es extensible a las calidades expresadas en la publicidad. Recuerda este autor que «no faltan resoluciones judiciales que han desestimado la excepción de falta de legitimación activa del presidente de la comunidad en reclamaciones que se movían en el estricto ámbito contractual». En su opinión, «las mismas razones que permiten reconocer legitimación activa al presidente de la comunidad en relación con la reclamación por vicios o defectos constructivos en elementos privativos –intereses complejos, evitar múltiples procesos con innumerables personas, etc.– han de llevar a una respuesta positiva a la cuestión planteada», con algunos matices.

### 3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: EXPOSICIÓN

A continuación, estudio, por orden cronológico, un grupo de sentencias del TS que se refieren a la integración del contrato por medio de la publicidad<sup>123</sup>.

#### 3.1 STS 14.06.1976<sup>124</sup>. RENDIMIENTO ASIGNADO A LA MÁQUINA VENDIDA

Esta sentencia<sup>125</sup> es la primera en la que el TS atribuye fuerza vinculante a la publicidad<sup>126</sup>. Se refiere a la venta de una máquina que no da el rendimiento que le asigna la publicidad de la casa vendedora. El comprador, en su demanda reconventional, pide la sustitución de la máquina por otra que dé el rendimiento anunciado. En segunda instancia, la Audiencia condena a la vendedora a realizar la sustitución de la máquina, condicionada al pago por el comprador del resto del precio adeudado. La vendedora interpone recurso de casación, por inaplicación del artículo 1281 CC, pues no ha entregado una máquina distinta de la vendida.

El TS desestima este el motivo (y el otro motivo del recurso). Estas son sus afirmaciones: «[E]l incumplimiento del contrato por parte del vendedor no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido [un] modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba». «[L]a propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos [...] cumple la función de una oferta que vincula al vendedor», En la propaganda «se afirmaba un rendimiento horario de 2000 a 2300 litros por hora» de la máquina. Por esa publicidad «se guio el comprador»; «sin que afecte al caso, lo que diga en cuanto a su rendimiento, la placa unida a la máquina». Esta placa «era desconocida por completo por [...] [el] adquirente hasta el momento de llegar a su poder». Este «se atuvo exclusivamente [...] a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación, a través de In propaganda: oferta que no ha sido cumplida».

La afirmación del TS, la propaganda «cumple la función de una oferta que vincula al vendedor», no permite concluir que esta sen-

<sup>123</sup> Puede verse una clasificación de las sentencias en: INFANTE RUIZ, 2015, p. 259.

<sup>124</sup> Núm. 196/1976, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero.

<sup>125</sup> Sobre esta sentencia, LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 64 ss.

<sup>126</sup> Con anterioridad, la STS 16.01.1930 [Col. Leg., tomo XC, vol. 1, núm. 47, pp. 243 a 276] se refiere a la «propaganda comercial» en relación con el dolo vicio del consentimiento. No estima la existencia de este.



tencia atribuya a la publicidad el carácter de una verdadera oferta de contrato. Primero, cumplir la función de una oferta no significa que sea una verdadera oferta (cumpla sus requisitos). Segundo, en la argumentación que he transcrito en el párrafo anterior el TS valora la confianza que crea la publicidad en el comprador. La posterior STS 27.01.1977, del mismo ponente, fundamenta en la buena fe el efecto vinculante de la publicidad<sup>127</sup>.

### 3.2 STS 27.01.1977<sup>128</sup>. DEFICIENCIAS DEL PISO VENDIDO EN RELACIÓN CON LO ANUNCIADO EN LOS FOLLETOS DE PROPAGANDA

El demandante compró a la empresa demandada un piso, en fase de construcción<sup>129</sup>. En el contrato preliminar suscrito por las partes se «detalla[ba]n muy someramente las características y los derechos de servicios comunes de los adquirentes de cada piso», por lo que los compradores «se atenían [...] a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora», coincidentes con los «planos confeccionados por los arquitectos». Al ser entregados los pisos, «adolecían de [...] deficiencias», en relación con lo anunciado. El demandante, comprador, pretende que la vendedora las corrija. El juzgado de primera instancia la condena a corregir «las deficiencias específicas existentes en el **piso** del actor, enumerando como tales la insonorización y el aire acondicionado». En la segunda instancia se mantiene esta condena. La empresa vendedora interpone recurso de casación. La recurrente aduce que «ha cumplido, ateniéndose a los términos del contrato preliminar concertado con el actor, sin ser vinculante[s], para ella, los términos de la propaganda y sin tener por tanto que responder de las deficiencias que en relación con aquella propaganda acusa el dictamen pericial». El TS no da lugar a la casación. Sostiene que la empresa constructora ha quedado vinculada por su propaganda, bajo la cual ha contratado el comprador. Lo justifica en estos términos: «[S]iendo muy *parco el contrato* privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico [...] que el adquirente de[I] piso *se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado*

<sup>127</sup> Sobre información publicitaria y vinculación contractual: MORALES MORENO, 2006, ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 221 ss.

<sup>128</sup> Núm. 26/1977, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero.

<sup>129</sup> Sobre esta sentencia, vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 64 ss.

en el artículo 1258 del Código Civil al *crearlos*, con todo fundamento, *vinculantes para la empresa...*»<sup>130</sup>.

¿Es la *parquedad* del contrato celebrado, en comparación con la publicidad, más detallada, la verdadera razón que justifica la integración mediante esta? Creo que no. El contrato podría ser suficiente, aunque el piso careciera de insonorización y aire acondicionado. La verdadera razón que justifica la integración del contrato mediante la publicidad es la *confianza* del comprador en lo anunciado. La confianza consiste, según afirma el TS, en que el comprador  *Cree, justificadamente*, que lo anunciado  *vincula* a la vendedora<sup>131</sup>.

### 3.3 STS 19.02.1981<sup>132</sup>. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LA PUBLICIDAD COMO ACTO ANTERIOR DE UN CONTRATANTE

En esta sentencia se discute si los contratos de compraventa litigiosos comprenden exclusivamente los pisos y chalés o también la zona deportiva de la urbanización, concretamente la *piscina* adscrita a ella. La sentencia de la Audiencia considera que esa zona está incluida. El vendedor, en el recurso de casación, no cuestiona la aplicación del artículo 1258 CC, sino la de los artículos 1281, 1282 y 1283; sostiene que hay que estar a los términos del contrato (al «sentido literal de sus cláusulas»), conforme dispone el artículo 1281 I CC, lo que tiene como consecuencia que la piscina no esté incluida. Por el contrario, el TS (coincidiendo con la sentencia recurrida) considera que, aun siendo cierto que la piscina no está incluida en la descripción del contrato, tampoco está excluida, y que lo dispuesto en el artículo 1281 CC no impide, conforme al artículo 1282 CC, tener en cuenta los actos (anteriores) del vendedor, concretamente su publicidad<sup>133</sup>.

Aunque teóricamente deba distinguirse entre interpretación e integración del contrato<sup>134</sup>, la primera referida a dar sentido a los términos del mismo, la segunda a completar su regulación (con-

<sup>130</sup> Sobre la «función normativa» del principio de buena fe, a propósito de esta sentencia, vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, 1980, p. 73.

<sup>131</sup> Así, también artículo 6:101 (1) PECL (*if that is how the other party reasonably understood it*) y artículo II.-9:102 (1) DCFR (*if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded*).

<sup>132</sup> Núm. 64/1981, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

<sup>133</sup> El TS afirma: «[L]o que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido [en el contrato] con base a esa oferta».

<sup>134</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, pp. 65, 66, 67.

forme, por ejemplo, a las exigencias de la buena fe), la integración del contrato se produce, a menudo como ocurre en ese caso, mediante la aplicación de las normas de interpretación del contrato (así, artículo 1282 CC). Los actos anteriores de un contratante se toman en cuenta por la confianza que provocan en el otro. En la práctica el término interpretación del contrato se utiliza en un sentido amplio.

### 3.4 STS 02.12.1986<sup>135</sup>. ACEPTACIÓN TÁCITA DEL CAMBIO EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO: EL COMPRADOR CONOCIÓ O HUBO DE CONOCER EL CAMBIO

El comprador de cuatro apartamentos en construcción demanda a la vendedora (promotora) con diversas peticiones. La demanda no prospera, ni en primera ni en segunda instancia. El TS tampoco da lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador. El recurso de casación adolece de defectos (inexactitud en cuanto a los hechos probados y falta de precisión en los motivos). A pesar de los defectos del recurso (que indudablemente debilita el significado de esta sentencia), interesa destacar una parte del razonamiento desestimatorio, en el que el TS atribuye significado a la conducta del comprador. El comprador *firma* el contrato, *conociendo* el cambio en la ejecución del proyecto o, al menos, no pudiendo ignorarlo, pues previamente ha visitado la construcción y ese cambio es ostensible. Esto implica una renuncia tácita a lo indicado en el proyecto técnico. Esta sentencia equipara el conocimiento del cambio al hecho de *no poder ignorarlo*. En este caso el cambio en la ejecución del proyecto no afecta directamente a los pisos comprados, sino al destino de las plantas bajas<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> EDJ 1986/7890, Pte.: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

<sup>136</sup> El TS afirma: «*Si bien* en [...] [el] proyecto técnico se especifica claramente que las plantas bajas de los edificios o bloques irían destinadas a *play ground* [lo que] aparece evidente que no se corresponde con los locales comerciales que, según consta acreditado, se han construido en las plantas bajas de los edificios, lo que según la sentencia significa, sin duda, una desviación clara del proyecto y, por tanto, una vulneración de los términos literales del contrato- [...], *sin embargo*, lo indicado no conlleva derecho alguno para el hoy recurrente, dado que este tiene reconocido en su confesión judicial que visitó los (sic) cuando los bloques estaban totalmente construidos y terminados, por lo que *hubo de conocer* la ostensible circunstancia de que las plantas bajas estaban ocupadas por locales comerciales y no por *play ground*, de tal modo que, *si firmó* el contrato con este conocimiento, es porque *consentía* y estaba conforme con el cambio».

### 3.5 STS 07.11.1988<sup>137</sup>. VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD. NO SE HA PROBADO EL INCUMPLIMIENTO

En este caso, el comprador de un piso y plaza de garaje (demandado por el vendedor) no ha probado que exista la deficiencia que invoca, en relación con el contenido de la publicidad. Es decir, no se ha probado el incumplimiento. Sin embargo, el TS reitera, como *obiter*, la regla de la vinculación por la publicidad<sup>138</sup>, tal como –afirma–«se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984». Al referirse a este artículo de la legislación de consumo no establece diferencias entre **él** y la regla general.

### 3.6 STS 20.01.1989<sup>139</sup>. INFLUENCIA DE LA PUBLICIDAD SOBRE LA CONDUCTA Y VOLUNTAD DE LOS COMPRADORES

Los compradores de unas viviendas demandan al vendedor por *cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa*. La sentencia de segunda instancia (que el TS no casa) destaca la *decisiva influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los actores*. Y, conforme a ella, aprecia la existencia de defectos y omisiones de detalles en la obra entregada, respecto de lo ofrecido públicamente y contemplado en las memorias descriptivas. Por ello, condena al demandado a *reparar* las imperfecciones de las viviendas vendidas e *indemnizar* a los compradores. Funda la condena en los artículos 1258 y 1101 CC. La sentencia del TS (de acuerdo con la de instancia) destaca la decisiva influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los actores (confianza creada en ellos).

<sup>137</sup> EDJ 1988/8769, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez.

<sup>138</sup> Según el TS, los recurrentes «olvidan que la sentencia impugnada no ha podido, por falta de actividad probatoria de los hoy recurrentes, frente a la probada entrega del piso y garaje, apreciar deficiencia alguna, por lo cual, aun siendo cierto que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y origina responsabilidad en el oferente, no procede apreciarse, en este caso, un incumplimiento del constructor-vendedor, por falta de base en los hechos que, en este trámite, no se puede subsanar, por lo que deben desestimarse los tres motivos del recurso».

<sup>139</sup> EDJ 1989/306, Pte.: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

### 3.7 STS 16.02.1993<sup>140</sup>. PACTO EXPRESO MODIFICATIVO DE LAS CONDICIONES ANUNCIADAS

Las condiciones de pago, anunciadas en la publicidad de forma *genérica* y *escueta*, se modifican, o mejor se concretan, en este caso, mediante pacto expreso. El TS atribuye eficacia a ese pacto, que fija las condiciones de pago de «modo *singular* y en extremo *detallado*». La concreción de este pacto es importante para reconocer su eficacia<sup>141</sup>. En él convinieron que la promotora, tras la calificación definitiva, solicitaría de la Caja de Ahorros la «ampliación del importe del préstamo», «quedando luego reflejadas las diferencias entre los préstamos iniciales y los finales». La existencia de este pacto impide, según el TS, considerar infringidos los artículos 6 y 8 de la Ley 61/1964<sup>142</sup>, referidos a la exigencia de veracidad de la publicidad.

### 3.8 STS 11.05.1993<sup>143</sup>. GESTIÓN DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y POSTERIOR ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD

El TS considera que no es aplicable a este caso la doctrina sobre vinculación por la publicidad, que resulta de sus sentencias de 14.06.1976 y 27.01.1977, porque el contrato celebrado entre la entidad demandante y los demandados (que habían gestionado a través de ella la construcción de sus viviendas y le habían concedido un poder irrevocable para la gestión posterior de la comunidad) no es un contrato de compraventa, sino un «contrato de mandato y arrendamiento de servicios». La demanda interpuesta por la entidad se debe a la revocación del mandato por los miembros de la comunidad. El TS (en el recurso de casación de los demandados) considera improcedente esa revocación, dado el carácter instru-

<sup>140</sup> Núm. 123/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

<sup>141</sup> «[F]rente a las condiciones anunciadas de forma *genérica* y *escueta* en los folletos publicitarios (...) –dice el TS– habrán de prevalecer las que de *modo singular* y en *extremo detallado* convinieron los distintos accionantes, al tiempo de contratar, con la promotora demandada.»

<sup>142</sup> «Pues si bien es cierto que, según dispone el artículo sexto [Ley 61/1964, de 11 de junio], la publicidad habrá de acomodarse a los principios de falsedad (sic) veracidad, autenticidad y libre competencia con la vinculación para el anunciante que dimana del artículo octavo de la misma ley en cuanto a las alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones, que deberán ser siempre exactas susceptibles de prueba en cualquier momento, también lo es que ello en modo alguno impide que como sucede en el supuesto de autos, se pacten entre las partes sistema de pago diferentes de los anunciados sin que tal hecho suponga infracción del Estatuto de la Publicidad, en su día vigente, ni menos aún, implique una causa de nulidad y de resolución de los contratos, por lo que también debe decaer este primer motivo.»

<sup>143</sup> Núm. 433/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

mental de los poderes otorgados a la entidad. Tampoco estima la nulidad del contrato celebrado entre la demandante y los demandados, por dolo de la demandante, fundado en una supuesta publicidad engañosa de esta.

En la sentencia encontramos algunos razonamientos que tienen que ver con el objeto de este trabajo. Primero. El TS afirma que, en este caso, no se trata de una compraventa de viviendas, y que «la propaganda no puede considerarse como una oferta de contrato vinculante para el oferente», sino una «simple invitación o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de un grupo de viviendas mediante la aportación pecuniaria de los comuneros». Segundo. El TS rechaza la anulación del contrato litigioso por dolo, pues no está probado<sup>144</sup>. Esto no excluye que el dolo pueda producirse por declaraciones publicitarias<sup>145</sup>.

### 3.9 STS 21.07.193<sup>146</sup>. DEFECTOS DE ACABADO DE LOS PISOS VENDIDOS

Los pisos vendidos adolecen de defectos de acabado (falta de armarios empotrados) en relación con la publicidad utilizada. El TS reitera que es obligación de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas *ofrecidas públicamente a los futuros compradores*, conforme a lo establecido en los artículos 1.091, 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 CC y artículo 8 Ley 26/1984.

### 3.10 STS 15.02.1994<sup>147</sup>. FALTA DE CONTRATACIÓN DEL SEGURO ANUNCIADO. INDEMNIZACIÓN DEL SINIESTRO

La demandante, madre de una estudiante fallecida en Dublín en accidente durante un curso de verano para el aprendizaje del inglés, reclama al organizador de la estancia una indemnización por la

<sup>144</sup> El TS afirma: «[N]o puede estimarse que la publicidad realizada por M. S. A. [la demandante] constituya una maquinación dirigida a crear una imagen falseada de la realidad que hubiera movido por sí sola a los recurrentes a contratar con la sociedad recurrida los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato cuya nulidad se postula».

<sup>145</sup> La STS 16.01.1930 [Col. Leg., tomo XC, vol. 1, núm. 47, pp. 243 a 276] tampoco aprecia la existencia de dolo. El TS afirma: «Las casas constructoras de maquinaria hacen su *propaganda comercial* alabando la mercancía y sus condiciones; pero esta práctica no puede considerarse como forma insidiosa para que exista el dolo definido en el artículo 1269 del CC...»

<sup>146</sup> Núm. 824/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

<sup>147</sup> Núm. 78/1994, Pte.: Excmo. Sr. D. Rafael Villagómez Rodil.

muerte de su hija, por el seguro anunciado y no contratado. En la publicidad, la empresa demandada hacía constar, de modo expreso, que en el precio iba incluido «un seguro individual para cada alumno, que cubre, durante el curso, todo tipo de enfermedades, accidentes y medicinas». Sin embargo, la empresa demandada no concertó ese seguro. Por esta razón, ocurrido el accidente, el TS le obliga a indemnizar a la demandante el daño reclamado por esta (daño moral). Esta obligación surge del contrato, integrado por la publicidad conforme al artículo 1258 CC<sup>148</sup>. El incumplimiento de la obligación de contratar el seguro anunciado obliga a la demandada, como indemnización de daños, a cubrir el riesgo no asegurado. (arts. 1101 y 1106 CC).

El TS invoca también los artículos 6 y 8 del Estatuto de la Publicidad<sup>149</sup>, vigente en el momento en que se producen los hechos de esta sentencia. En realidad, establecen la exigencia de veracidad, pero no la vinculación contractual conforme a la publicidad (cosa que hará más tarde el artículo 8 Ley 26/1984). El TS lo interpreta más allá de su literalidad. Cuenta con el apoyo del principio de buena fe (art. 1258 CC) y el desarrollo jurisprudencial del mismo.

### 3.11 STS 27.05.1996<sup>150</sup>. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PEOR CALIDAD DE LOS RADIADORES NO SE REDUCE POR LA MEJOR CALIDAD DE LAS VENTANAS INSTALADAS

Una de las cuestiones que se plantean en el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios del edificio (demandante) contra la constructora del mismo (demandada) es si la menor calidad de los radiadores instalados, en relación con la de los previstos en el proyecto y memoria (hierro fundido) y el menor valor

---

<sup>148</sup> «La obligación de indemnizar –según el TS– surge *ex contractu*. Ocurrido el accidente, X [la empresa] debió de aplicar el seguro al que se obligó, y, al carecer del mismo, ha de atribuírsele la responsabilidad indemnizatoria correspondiente, pues se trata de [una] obligación asumida, conforme al artículo 1258 CC...»

<sup>149</sup> El TS también afirma: «La entidad recurrida y la persona fallecida estuvieron decididamente relacionadas por un contrato de estudios, en el que la primera quedó obligada a prestar la cobertura del seguro individual por alumno, que ofreció en su publicidad, y que de esta manera vino a integrarse en el negocio obligacional concertado, pues conforme al artículo 6 Estatuto de la Publicidad [Ley 61/1964, de 11 junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, derogada el 05.12.1998], vigente al tiempo de los hechos, la misma debía de acomodarse a los principios de lealtad, veracidad, autenticidad y libre competencia, con la vinculación para el anunciante que dimana de su artículo 8 (sentencia 16 de febrero de 1993)».

<sup>150</sup> Núm. 407/1996, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

de los mismos (reclamado como indemnización) se contrarresta por la mejor calidad de las ventanas instaladas y su mayor valor. La sentencia de instancia (recurrida por la comunidad, en casación) estima que sí, pero el TS considera que no.

La comunidad de propietarios, en el motivo primero del recurso de casación, invoca la infracción del artículo 1258 CC y la de los artículos 1484 y 1485 CC (saneamiento por vicios). Aunque el TS considera que el saneamiento es una cuestión nueva, estima el motivo, pues basta la infracción del artículo 1258 CC. Según el TS, en el proyecto de obra, en base al cual los demandantes (integrantes de la comunidad de propietarios) fueron adquiriendo sus respectivos pisos y demás elementos del edificio, estaba previsto que los radiadores serían de hierro fundido. Por tanto, hay una vinculación surgida de la confianza de los compradores en lo que indica el proyecto de obra. Asimismo, según el TS no cabe la compensación de la menor calidad (valor) de los radiadores con la mayor calidad de las ventanas, porque dicho trueque de calidades no está pactado, es una decisión unilateral de la vendedora (constructora) y es ella, exclusivamente, la que debe asumir las consecuencias de ese cambio.

Creo que, existiendo, en este caso, varias obligaciones (dotar a la edificación de radiadores de hierro fundido y de ventanas de una determinada calidad), cada una es exigible. El mejor cumplimiento de una (realizado por decisión unilateral del deudor) no justifica el incumplimiento de la otra. Esto es propio de la responsabilidad contractual y no se extiende, necesariamente, a la extracontractual. En la responsabilidad extracontractual tomamos en cuenta la situación en la que se encuentra el dañado, después de la actuación dañosa.

### 3.12 STS 08.11.1996<sup>151</sup>. RECLAMACIÓN DE TERRENO RESIDUAL Y DE LA DOTACIÓN DEL MISMO CONFORME A LA PUBLICIDAD. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO E INDEMNIZATORIA

El presidente de la comunidad de propietarios de un complejo residencial y el propietario de uno de los pisos (demandantes)

<sup>151</sup> Núm. 894/1997, Pte.: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Temes. Hay otra sentencia de esta misma fecha (Núm. Rec. 131/1993), cuyo ponente es Antonio Gullón Ballesteros, que, a propósito de la eficacia de la publicidad, resuelve un problema distinto del que me ocupa. Según esta otra sentencia, el vendedor de un piso, obligado por el contrato celebrado a comunicar al comprador el precio definitivo del mismo, no cumple esta obligación por la divulgación mediante folletos.



reclaman a la promotora vendedora (demandada) la *entrega del terreno residual* (calificado como zona verde), su *cerramiento*, dotarlo de *jardinería*, de *columpios* y, si fuere posible, por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno, de *piscina* y *pista de tenis*, tal como *figura en la publicidad* gráfica entregada a los compradores. La sentencia de instancia no admite la pretensión de los demandantes, como consecuencia de no tomar en cuenta el contenido de los folletos de propaganda. El TS, por el contrario, considera que el contenido de esos folletos se ha incorporado al contrato, da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes (compradores) y confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto condena a la vendedora, que se ha servido de la publicidad, «a realizar a su costa en los citados terrenos las obras necesarias para dotarlos de jardinería (solo ha de entregarse zona verde) columpios..., construcción de piscina... y pistas de tenis». Y, de no ser posible realizar alguna de estas cosas, a una indemnización sustitutoria de ella.

Esta sentencia fundamenta la incorporación de la publicidad al contrato, sin establecer diferencias, tanto en el principio de buena fe (art. 1258 CC y sentencias anteriores del TS que lo aplican) como en la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios<sup>152</sup>. Aunque utiliza la expresión «vinculación a la oferta», no parece atribuir a la publicidad la naturaleza de una verdadera oferta de contrato. Si fuera así, no haría falta una referencia a la buena fe o a la ley. También considera que no «es necesario apreciar *engaño o fraude*» para que la publicidad vincule. El incumplimiento de los deberes que resultan de esa incorporación de la publicidad al contrato permite al comprador ejercitar la pretensión de cumplimiento y, en caso de imposibilidad, la indemnizatoria.

<sup>152</sup> El Fundamento de Derecho tercero extrae la siguiente conclusión de las sentencias que resume: «Quiere decirse con el resumen jurisprudencial que antecede que, bien por la vinculación a la oferta, ya por Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, *la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos*; y al [no] tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que *contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes* (art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/64, de 11 de junio), constituyendo una *clara oferta*, de forma que al no entenderlo así *se infringen los artículos 57 del C de c. el principio de la buena fe y el artículo 1283*, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad *integrar los contratos*, pues para que no fuese así *tenía que excluirse expresamente* de los mismos el contenido de los folletos, *sin* que para tal consideración *fuere necesario* apreciar *engaño o fraude*, extremos que no requiere el artículo 8 de la Ley de Consumidores (sobre sus principios y compatibilidad con las normas de derecho sustantivo, civil y mercantil, ver S. de 22-7-94), que también ha de considerarse infringido (motivos 4.º y 5.º, en relación con la jurisprudencia acotada), máxime si la interpretación se relaciona con el R. D. 515/1989, de 21 de abril.»

### 3.13 STS 30.06.1997<sup>153</sup>. DEBER DE INSTALAR CALEFACCIÓN CENTRAL: INCUMPLIMIENTO: CÁLCULO DEL DAÑO. RESERVA DEL DERECHO A INTRODUCIR VARIACIONES

Lo anunciado y no cumplido por la promotora es, en este caso, la instalación de calefacción central en el edificio. Esa instalación se ha sustituido por un sistema de calefacción individual eléctrica (más costosa de mantener). El TS justifica así la obligación de instalar un sistema de calefacción central: «Parte de la *propaganda emitida* por la entidad demandada hacía referencia a la misma al describir las calidades de las viviendas». «[E]ste servicio *fue incorporado a la escritura* de obra nueva y su constitución en *régimen de propiedad* y división horizontal, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad». Por ello, hay incumplimiento del contrato<sup>154</sup>. El hecho de que el servicio de calefacción central no solo figurara en la publicidad, sino que también constara en la escritura de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal refuerza su exigibilidad.

El Tribunal Supremo considera que la acción ejercitada y estimada es la de *indemnización* de daños, fundada en el *incumplimiento* (art. 1101 CC), y no alguna de las de saneamiento por defectos de la cosa (sería la *quantum minoris*). La *indemnización* concedida por la sentencia de instancia (no modificada en casación) se *calcula* conforme a la *diferencia entre el valor* de mercado de las viviendas en su estado actual y el que las mismas tendrían en el caso que tuvieran instalado el servicio de calefacción central.

La facultad de introducir *variaciones* en la ejecución de la obra, que se reserva el vendedor, se interpreta de manera restrictiva por el TS: «[...] dicha estipulación no otorgaba la capacidad de cumplir el contrato a su conveniencia, lo que viene prohibido por el artículo 1.256 del Código civil, sino que solamente autorizaba a ‘aquellas variaciones secundarias y normales’, a lo que no responden las aquí realizadas, [...]». El TS también considera que «dichas modificaciones debieron llevarse al contrato definitivo de compraventa».

Aunque la sentencia de instancia invoca, entre otras razones, el artículo 8 Ley 26/1984<sup>155</sup>, para establecer la obligación de instalar

<sup>153</sup> Núm. 597/1997, Pte.: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

<sup>154</sup> Así lo establece la sentencia de instancia, no modificada en casación: «[L]a demandada debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo debe ser estimado como un claro *incumplimiento de lo pactado*».

<sup>155</sup> INFANTE RUIZ destaca en esta sentencia (y en otras del TS) la aplicación del artículo 8 Ley 26/1984: INFANTE RUIZ, 2015, p. 262.

calefacción central, el TS no entra en la valoración de la aplicación de ese artículo y su relación con el artículo 1258 CC, sino en el incumplimiento y sus consecuencias. La STS afirma: «En el caso el incumplimiento consta acreditado y la valoración que del mismo hace el Juzgador de instancia, resulta plenamente acorde en los criterios de esta Sala».

### 3.14 STS 04.12.1998<sup>156</sup>. CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA QUE AUTORIZA LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

Determinadas comunidades de propietarios demandan a la constructora (vendedora), por las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra<sup>157</sup>. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la constructora. Tiene en cuenta que los compradores de las viviendas (demandantes) son consumidores. Y recuerda el deber de cumplir la obligación de suministrar la información que prevé el Real Decreto de 21 de abril de 1989 en la venta de inmuebles<sup>158</sup>. Cita como precedente la STS 24.05.1996, también referida a un cambio en los radiadores<sup>159</sup>.

En este caso la vinculación por lo ofertado no resulta de la publicidad sino de las previsiones constructivas de la «Memoria del Proyecto Básico de Ejecución». Frente a las previsiones de esa Memoria, la constructora pretende que prevalezcan las contenidas en el documento denominado «Medidas y Presupuestos», que introducen modificaciones. Considera que aquel documento contiene las condiciones generales mientras que este constituye una cláusula particular y que

<sup>156</sup> Núm. 1142/1998, Pte.: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

<sup>157</sup> Las modificaciones introducidas se refieren a la calidad de los radiadores instalados (en la memoria aparece que dichos elementos serían de hierro fundido de la firma Roca o similar, y fueron instalados de chapa de acero, de inferior calidad), falsos techos de escayola lisa en los porches de las casas en vez de cielos rasos de láminas de aluminio esmaltadas en color, cierre sencillo en vez de [cierre] de seguridad en las puertas de acceso a las viviendas, colocación de techos de escayola sencilla en vez de decorada en los pasillos y vestíbulos de cada piso, falta de puntos de luz en las terrazas y de punto de luz de los dormitorios principales, y supresión del interruptor junto a la cama.

<sup>158</sup> «El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto de 21 de abril de 1989 para la venta de inmuebles, cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores o usuarios, conforme al artículo 1-2 de la Ley 26/1984-, y en particular respecto a las condiciones, características y utilidad de las viviendas e incluso sobre los materiales empleados en su construcción (incluidos aislamientos)».

<sup>159</sup> La STS 27.05.1996 considera que el cambio de radiadores determina un «claro incumplimiento contractual, del que debe responder la promotora-vendedora, al no haberse pactado dicho cambio de calidades, sobre todo por tratarse de superior a inferior y responder el trueque a decisión única de la recurrente.»

esta cláusula particular debe prevalecer. El TS, por el contrario, considera que deben tenerse en cuenta las previsiones de la «Memoria del Proyecto Básico de Ejecución». Pues, «hay que tener en cuenta que los documentos técnicos de referencia [Mediciones y presupuestos] son redacción de la recurrente, y si bien los mismos resultan contradictorios y originan intensa duda interpretativa, conforme al artículo 1288 [CC], la interpretación juzgadora no debe favorecer a quien instauró y ha sido causante único de la oscuridad».

También se suscita en casación la cuestión sobre el valor que debe atribuirse a una *cláusula* inserta en los contratos de adquisición de las viviendas, «por la cual los compradores autorizaban a “P. S. A.” [la demandada], durante la ejecución de las obras, a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio, siempre que no se alterase la superficie del piso, se contase con la conformidad del arquitecto-director de la obra y se obtuviese la correspondiente autorización oficial». La entidad recurrente sostiene que las cláusulas contractuales «son claras, diáfanas y ajustadas a la legalidad y por tanto válidas, sin que quepa ser tachadas como nulas». Pero el Tribunal Supremo, reiterando el criterio de la sentencia de instancia, las considera abusivas, porque han sido redactadas por la parte recurrente y solo satisfacen su interés, consistente en atribuirse facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción<sup>160</sup>. Además, según el TS, rompen el equilibrio de las prestaciones<sup>161</sup>.

### 3.15 STS 26.06.1999<sup>162</sup>. PARQUEDAD DEL DOCUMENTO: CONFIANZA EN LA PUBLICIDAD. DEFECTOS DE CALIDADES Y NO CONSTRUCCIÓN DE LA PISCINA. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

En este caso<sup>163</sup>, interpone la demanda el comprador de una vivienda en fase de construcción. El contrato de compraventa no

<sup>160</sup> «Ha de partirse de que las cláusulas controvertidas corresponden a redacción de la recurrente y solo satisface sus intereses por lo que la calificación de abusiva resulta la procedente. Su misma redacción ya lo pone de manifiesto, al atribuirse la promotora facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción, lo que conculca el artículo 1256 del CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional».

<sup>161</sup> «En el caso de autos el equilibrio de las prestaciones no ha sido respetado, ocasionando perjuicio constatado a los copropietarios de los diversos pisos y demás elementos de los tres edificios que construyó la recurrente».

<sup>162</sup> Núm. 606/1999, Pte.: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

<sup>163</sup> Comenta esta sentencia: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, 1999. Este autor afirma: «Legislación y jurisprudencia insisten pues en reforzar la confianza depositada por el adquirente de una vivienda en el contenido de la publicidad utilizada por el promotor para su comercialización, respondiendo así

concretaba las calidades de la misma, ni contenía una mínima descripción del inmueble. La parte compradora hubo de estar a lo expuesto en la propaganda, en la cual sí se concretaban las características de la vivienda y se indicaba el proyecto de construir una piscina. La demanda se basa en el incumplimiento de lo anunciado. El comprador pide la resolución de la compraventa y la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Su pretensión prospera en primera y segunda instancia. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora.

Hay dos *aspectos* que interesa resaltar en esta sentencia: *Primero*, la incorporación de la publicidad al contrato. En este caso se tiene en cuenta que el documento contractual se remite al proyecto y planos realizados, en cuyas especificaciones no se concretan las calidades ni hay una mínima descripción del inmueble. Esto justifica que la parte compradora «hubo de estar a lo expuesto en la propaganda». Es decir, justifica la confianza en lo anunciado. *Segundo*, se ha producido un incumplimiento de la vendedora, que, a juicio del Tribunal Supremo, es resolutorio.

En el recurso de casación, el debate se centra en la infracción de algunos artículos del CC (arts. 1091, 1124, 1278 CC). El Tribunal Supremo no se funda en la legislación especial de protección de los consumidores para justificar la incorporación de la publicidad al contrato y la resolución del mismo, por incumplimiento.

### 3.16 STS 24.10.2000<sup>164</sup>. FALTA DE INSTALACIÓN DE CALEFACCIÓN CENTRAL

Los compradores de unas viviendas reclaman a la vendedora (promotora) indemnización por cumplimiento defectuoso del contrato, al no haber instalado en ellas la calefacción central anunciada, sino individual eléctrica. La indemnización solicitada y concedida consiste «en la cantidad que resulte de la diferencia de valor de mercado de las viviendas ... en su estado actual, y [el que tendrían las mismas] en el caso de que tuviesen instalada calefacción central». La instalación de calefacción central no solo figuraba en la publicidad sino también en el documento privado de compraventa y en la escritura pública. En este caso la publicidad no es decisiva para establecer la obligación.

a la sensibilidad social derivada de los conflictos que surgen continuamente en este sector del mercado».

<sup>164</sup> Núm. 983/2000. Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

3.17 STS 23.05.2003<sup>165</sup>. RECLAMACIÓN DE UNA CANCHA DE TENIS ANUNCIADA. INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO: PRINCIPIOS CLÁSICOS Y NORMAS DE CONSUMO. LA MANIFESTACIÓN DE CONOCIMIENTO DE LOS COMPRADORES NO CONSTITUYE RENUNCIA

La comunidad de propietarios demandante pide, frente al promotor de la urbanización, demandado, que se declare que es elemento común, perteneciente a los copropietarios, una determinada cancha de tenis. El promotor la había *anunciado* como incluida en el objeto vendido (elemento común), y así mismo figuraba en el *proyecto* y en los contratos de venta suscritos en *documento privado*; pero, finalmente, no la incluye en el «negocio jurídico de constitución del régimen de propiedad horizontal», otorgado unilateralmente por él (ni, por tanto, figura en la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad). La referida cancha de tenis fue vendida por el promotor a un tercero, considerado de mala fe, que la inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad. La sentencia de la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios demandante, y declara que la cancha de tenis es elemento común, perteneciente a ella. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el promotor.

Esta sentencia conecta lo que dispone el artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984 sobre la incorporación de la publicidad al contrato con los que denomina «principios clásicos del Derecho»: el de veracidad y el de buena fe (que proclama el artículo 1258 CC), aplicados por la jurisprudencia<sup>166</sup>. No establece, por tanto, una contraposición entre la norma de protección de los consumidores y los principios señalados, sino más bien la fundamenta y relaciona con ellos, dando a entender que por una u otra vía se puede llegar al mismo resultado. Conforme a los referidos principios y a

<sup>165</sup> Núm. 514/2003, Pte.: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>166</sup> En cuanto al artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984 afirma: «Es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad [...]; en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del código». El principio de veracidad debe ser entendido, «no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad debe[n] ser objetivos e imparciales, como si respondiera a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular». El principio de buena fe «impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, como un criterio lógico, de la buena fe: sus derivaciones naturales [...]». «Aquella norma moderna de la ley de consumidores y usuarios establece la integración del contrato basada en ambos principios aludidos». «Son precedentes las sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977» (las primeras sobre incorporación de la publicidad al contrato).

lo dispuesto en el artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984, «el contrato queda complementado-integrado con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad». En este caso, según el TS, la cancha de tenis discutida «forma parte de la compraventa y, por ende, [la sentencia de instancia] declara acertadamente el carácter común de aquella y la nulidad de la parte de la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal que se opone a ello».

En el recurso de casación se plantea también la cuestión de si constituye renuncia, la manifestación de los compradores, en la escritura pública, de «conocer los Estatutos de la Comunidad», en los que no se atribuye carácter común a la cancha de tenis demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial no da a esa manifestación el valor de una renuncia a la adquisición de la referida cancha de tenis, pues «no puede aceptarse que efectivamente éstos [los compradores] tuvieran conocimiento de la renuncia que efectuaban [...]» El TS tampoco le atribuye ese valor: «Siendo así –afirma– que la renuncia de derechos debe ser expresa, concreta y de interpretación restrictiva, no puede darse el valor, a las declaraciones en escritura pública, que pretende la parte recurrente».

### 3.18 STS 29.09.2004<sup>167</sup>. DEFECTOS DE ACABADO. INCUMPLIMIENTO. INDEMNIZACIÓN EN LUGAR DEL CUMPLIMIENTO

La comunidad de propietarios demandante reclama a la constructora indemnización por incumplimiento del contrato de compraventa, consistente en defectos de acabado. El TS reconoce que la constructora ha incumplido su obligación «de entrega de lo ofertado en la propaganda emitida» por ella. El TS reitera su doctrina sobre la integración del contrato por medio de la publicidad<sup>168</sup>. El incumplimiento de la vendedora es «causante de la indemnización fijada, al no ser posible el cumplimiento *in natura*». La indemnización sustituye al cumplimiento, por ser este imposible.

<sup>167</sup> Núm. 910/2004, Pte.: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

<sup>168</sup> El TS afirma: «La doctrina jurisprudencial expuesta hace decaer el motivo, al quedar integrado el contrato de compraventa suscrito con los integrantes de la comunidad actora por los folletos de propaganda acompañados con la demanda, viniendo obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos».

### 3.19 STS 17.10.2005<sup>169</sup>. ALTURA DE LOS TECHOS. INDEMNIZACIÓN. CLÁUSULA DE RECEPCIÓN A SATISFACCIÓN DEL COMPRADOR: INEFICACIA

Los pisos entregados a los compradores por la promotora no tienen la altura exigible conforme al proyecto, y esa deficiencia no permite una adecuada utilización conforme a su destino. Además, el TS considera que, siendo los compradores consumidores, no se han cumplido los deberes de información que establece la ley en cuanto a ellos<sup>170</sup>. La escasa altura de los pisos entregados, en palabras del TS, supone «un defecto de cumplimiento contractual reparable mediante indemnización», fundada en el artículo 1101. El defectuoso cumplimiento no es subsanable en este caso, pues terminada la obra, no es posible modificarla.

En la escritura pública de compraventa figura una cláusula de recepción de los pisos a satisfacción del comprador<sup>171</sup>. Según el TS, la eficacia de esa cláusula de renuncia exige el conocimiento de aquello a lo que se está renunciando. En este caso no es presumible que exista ese conocimiento, pues –según el TS– tratándose de consumidores, normalmente, solo se aprecia el defecto de altura al amueblar los pisos y utilizarlos<sup>172</sup>. Además, el TS considera que esa cláusula es contraria a la buena fe: «[N]o se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica de la índole de la mencionada defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino».

<sup>169</sup> Núm. 725/2005, Pte.: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

<sup>170</sup> El TS afirma: «Y ello tanto más, *ex abundantia*, y aunque nada se haya dicho en el recurso –si se tiene en cuenta que no se observó la protección especial de los consumidores en materia de adquisición de viviendas, pues no hay constancia que en la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta se haya expresado los datos, características y condiciones relativas a la construcción, lo que es una exigencia indeclinable cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado conforme al artículo 3.2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, como tampoco consta haber tenido a disposición del público, y en concreto de los adquirentes, el plano de la vivienda misma cuya información exige el artículo 4.º2 del RD mencionado; a lo que debe añadirse que el artículo 13.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece en el último inciso que «en el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo».

<sup>171</sup> Dice esta cláusula: «[L]a parte compradora toma posesión en este acto de las fincas transmitidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad».

<sup>172</sup> Según el TS, «generalmente un primer y frecuentemente único examen de la vivienda no pone de relieve de forma inmediata el defecto a que nos venimos refiriendo, sino que es una vez habitada la misma, y ante todo una vez amueblada la vivienda (mejor sería decir cuando se trata de amueblar), cuando se puede observar con mucha mayor precisión que las alturas de los techos son inferiores a las que cabría esperar [...]»



### 3.20 STS 15.03.2010<sup>173</sup>. ACEPTACIÓN POR LOS COMPRADORES DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, CON CONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA

El TS en esta sentencia<sup>174</sup> da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora, demandada por diferentes compradores (bajo plano) de unas viviendas. El motivo estimado se funda en la infracción de los artículos 1255, 1258, 1469 CC. El TS considera que, sin perjuicio de lo establecido en las normas de protección de los compradores de viviendas (consumidores), entre ellas la referente a la vinculación por la publicidad<sup>175</sup>, en este caso los compradores han aceptado los cambios introducidos<sup>176</sup>, con conocimiento de su existencia<sup>177</sup>. La memoria de calidades incorporada como anexo a la escritura modifica las que inicialmente fueron ofertadas. El TS admite que, en este caso, los cambios han sido aceptados por los compradores<sup>178</sup>. Y esto es posible conforme al artículo 1255 CC.

<sup>173</sup> Núm. 114/2010, Pte.: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

<sup>174</sup> La comentan: GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, y CAMACHO PEREIRA, *InDret*, 2/2011.

<sup>175</sup> El TS afirma: «Se trata [en este caso] de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: artículos 60 y 61,1 TRLGDCU), que aparece desarrollado en el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato.»

<sup>176</sup> El TS afirma: «Pues bien, la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989, de tal forma que una cosa es que en ausencia de esta memoria, los proyectos hubieran integrado necesariamente la oferta, haciendo exigible el acuerdo alcanzado, y otra distinta que el contrato haya expresado los cambios introducidos respecto al proyecto y que estos cambios fueran aceptados por los compradores, con conocimiento de lo que compraban, integrándolo normativamente en el mismo, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía a su alcance [...]».

<sup>177</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, en su comentario a esta sentencia, cree que, «la existencia del piso piloto que los adquirentes visitaron sin mostrar desacuerdo alguno equivale a un consentimiento tácito respecto de los cambios de las cualidades de las viviendas del mismo tipo, en la medida en que su condición de adquirentes no profesionales les permitiera detectarlos.» (GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, p. 335).

<sup>178</sup> Según el TS, «el problema que el recurso plantea (...) consiste en determinar la eficacia que tiene el hecho de que los adquirentes de las viviendas suscribieron el contrato de compraventa al que se unió una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada. El artículo 1255 del Código Civil consagra el principio de libertad contractual, que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siem-

Esta sentencia ha sido objeto de críticas por algunos autores. Mas, a mi modo de ver, la duda que puede plantearnos no se refiere a la posibilidad de que los compradores acepten, terminada la obra, los cambios introducidos con respecto a lo anunciado, sino a si, en este caso, está suficientemente acreditado el conocimiento y voluntad de aceptarlos<sup>179</sup>.

### 3.21 STS 30.05-2011<sup>180</sup>. VISIÓN DEL CONJUNTO URBANÍSTICO OFRECIDA POR LA PUBLICIDAD. LA LEGALIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN NO EXCLUYE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El presidente de una comunidad de propietarios demanda a la promotora (vendedora) pidiendo la condena a la ejecución de ciertas obras de acabado y a una indemnización (para determinados propietarios afectados por la pérdida de vistas). Tanto en primera como en segunda instancia, se estima su pretensión, en lo sustancial, y se condena a la demandada a colocar las persianas y realizar ciertas obras, así como a abonar una determinada cantidad en concepto de depreciación, por no haber cumplido conforme a las condiciones anunciadas<sup>181</sup>. La vendedora interpone recurso de casación. El TS no casa la sentencia. Valora que la vendedora incorporó un contenido informativo a la publicidad y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico<sup>182</sup>, creando en el consumidor (compradores) la confianza de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que no se corresponde con lo ejecutado<sup>183</sup>.

pre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea contraria a la Ley, a la moral, ni al orden público (STS 18 de septiembre de 1997) [...]»

<sup>179</sup> Sobre esto: CAMACHO PEREIRA, *InDret* 2/2011, pp. 9-10.

<sup>180</sup> Núm. 381/2011, Pte.: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. Sobre esta sentencia: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp. 477-497.

<sup>181</sup> Se concede «indemnización (...) para compensar los *deméritos* sufridos por los propietarios de las viviendas afectados por la *construcción del talud*, [...]».

<sup>182</sup> Sobre ello: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp.492 ss.

<sup>183</sup> El TS afirma: «La publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un *contenido informativo* y ofreció una *visión distinta del conjunto urbanístico* que comprendía dicho ámbito, *creando al consumidor la confianza* de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que luego no se correspondió con la publicidad prenegocial ciertamente engañosa, por más que la construcción contara con la *autorización administrativa* ... que en ningún caso liberaba a la vendedora de las obligaciones asumidas en los contratos celebrados con los compradores o que la publicidad apareciera con la expresión pendiente de aprobación (“en mínima y cambiante de sitio impresión”), desde la idea de que no se traslada a un comprador medio la realidad de las cosas, sino de que lo que se le

El TS utiliza el argumento de la confianza creada en el consumidor por la publicidad de la vendedora, tomando en cuenta el modelo de comportamiento del comprador medio. Y destaca la influencia de la confianza en la toma de decisiones de dicho comprador<sup>184</sup>.

Se plantea también otra cuestión. El hecho de que la obra realizada se ajuste a la autorización administrativa ¿exime a la promotora de cumplir las obligaciones asumidas frente a los compradores? El TS considera que no. Distingue dos planos diferentes: el del respeto de la legalidad urbanística y el de la obligación nacida del contrato. La expresión «pendiente de aprobación», que figura en la publicidad, no exime del cumplimiento de esta obligación<sup>185</sup>.

Esta sentencia reitera la doctrina de la vinculación por la publicidad, cuando incorpora un «contenido informativo». Aplica la vinculación no solo a la exigencia de instalación de las persianas, sino a la visión del conjunto urbanístico, frustrada, para algunos compradores, por la construcción de un talud. Condena al cumplimiento *in natura* (instalar las persianas) y a indemnizar a los propietarios afectados por la pérdida de vistas (pues no cabe el cumplimiento). No queda claro cuál es el criterio utilizado para cuantificar el daño<sup>186</sup>.

Es cierto que, en este caso, el TS fundamenta la incorporación de la publicidad en las normas de protección de consumidores aplicables, que la establecen, y no en el artículo 1258 CC. Pero llega al mismo resultado al que la jurisprudencia del TS había llegado, anteriormente, a través del principio de buena fe.

### 3.22 STS 12.07.2011<sup>187</sup>. EXCEPCIONALES VISTAS, DESCRITAS DE MODO CONCRETO. INCUMPLIMIENTO GRAVE: FRUSTRACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS COMPRADORES: RESOLUCIÓN

Los compradores sobre plano de una vivienda con trastero y garaje demandan a la vendedora pidiendo la resolución del contra-

---

está ofertando es algo que está *pendiente de aprobación*, pero no que lo que se somete a aprobación administrativa era algo distinto de lo que se le oferta».

<sup>184</sup> «La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones.»

<sup>185</sup> Sobre ello: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, p. 495.

<sup>186</sup> El TS afirma: «Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita [...]»

<sup>187</sup> Núm. 497/2011, Pte.: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

to por incumplimiento de esta (art. 1124 CC) y la consiguiente restitución de lo pagado más los intereses devengados (desde su entrega, hasta el momento de su efectiva devolución). Según la STS, «el tema básico radicaba en que la vivienda no reunía las características que resultaban del folleto publicitario, al tiempo de su adquisición, consistentes en tener vistas al golf, mar y a las montañas.» «[L]a demandada –afirma el TS– [...] objetó en su contestación que no hay contradicción con la publicidad, pues las *vistas* al campo de golf, la montaña y el mar se predicaban del complejo en su conjunto y no de cada vivienda en particular»; y «ello lo pudieron apreciar los compradores a la vista de los planos facilitados por la vendedora». También opuso que «los demandantes no condicionaron la eficacia de la compraventa a la existencia de unas vistas concretas o específicas». La sentencia de Primera instancia desestima la demanda, por considerar que no ha existido incumplimiento contractual. La Audiencia estima el recurso de apelación de los actores y declara resuelto el contrato de compraventa (con los pronunciamientos restitutorios consiguientes). El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora.

Según el TS, sobre la naturaleza de la publicidad se debate «si [...] es una mera promoción publicitaria, sin más valor que el de una invitación a negociar –*invitatio ad offerendum*–, o constituye además una oferta contractual –oferta publicitaria–, o cuando menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato, de conformidad con las disposiciones en materia de consumidores y el principio de buena fe contractual del artículo 1258 CC». El TS resuelve el recurso conforme a la tercera hipótesis. Considera que la publicidad vincula a la vendedora. El folleto publicitario utilizado por ella indica que las viviendas a construir tendrán excepcionales vistas (al campo de golf, montaña y mar), descritas de modo concreto, en cada vivienda vendida (y no simplemente con respecto al conjunto de la urbanización)<sup>188</sup>. Ese folleto ha sido tenido en cuenta por los compradores en el momento de la celebra-

---

<sup>188</sup> Se describe así: «Su situación es privilegiada ya que además de estar en primera línea de golf, posee una visión de más de 180 grados que engloba desde la costa a la montaña. La topografía del lugar y las características del proyecto hacen que los bloques *no se interrumpen las vistas* uno a otro ya que la pendiente del terreno lo permite. Se ha prestado especial interés en la colocación de los bloques dentro de la parcela. Siendo diversas vistas las que se observan desde ella. Esta diversidad de la que hablamos, hace que [...] cuente con bloques que miran hacia el golf, otros hacia la costa marbellí, y por último hacia la costa de Estepona [...], cuenta con más de 25.000 cuadrados de jardín mediterráneo que se ordena mediante un ambicioso proyecto paisajístico que resalta si aún más el proyecto pero, por otro lado, sin perder esa constante conexión visual con los alrededores del golf, mar y montaña que se enfatizan más desde cada vivienda. Las viviendas se disponen dentro del bloque de tal forma que las dependencias tales como salones o dormitorios principales tienen salida a la terraza principal, a la cual se da mucha importancia en cada vivienda ya que son importantes las vistas y el confort que se puede disfrutar desde ellas.»

ción del contrato de compraventa (ya que la venta se perfecciona sobre plano) («auténtica oferta publicitaria») y ha influido de «manera decisiva en la adquisición». No por capricho de la parte compradora, pues «un tercero en la misma situación» «habría actuado del mismo modo». «La buena fe contractual –agrega la sentencia del TS– exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico» (art. 1258 CC).

Al carecer las viviendas de las cualidades atribuidas en la publicidad, la vendedora no ha cumplido lo anunciado. Tal incumplimiento lo califica el TS de «grave, por insatisfacción total del comprador». Tal incumplimiento justifica la resolución solicitada en la demanda. «[L]a falta de las vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores (por todas STS 02.04.2011), las cuales no resultan compensadas con una mera indemnización».

Esta sentencia resalta la importancia que tienen las cualidades ofertadas (las vistas de las viviendas) en el sector del mercado al que se dirige la publicidad de la vendedora, en los «tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto con la naturaleza»<sup>189</sup>. Y, frente a lo sostenido por la vendedora (recurrente), establece que no es necesario que los compradores especifiquen en el contrato la esencialidad que para ellos tienen las vistas de las viviendas<sup>190</sup>.

Importa también destacar que el TS considera oportuna la resolución porque en este caso el incumplimiento es de tal naturaleza que no basta el remedio de la indemnización para satisfacer el interés del acreedor. Es un incumplimiento esencial.

En el razonamiento del TS encontramos también estas consideraciones: «No cabe confundir contrato con documento en que se formalizó el contrato». La oferta publicitaria se inserta en el contrato y tiene fuerza vinculante<sup>191</sup>. El efecto de la publicidad es formar en el contratante que la recibe una representación mental sobre las cualidades del objeto («representación con-

---

<sup>189</sup> «En supuestos como el que se enjuicia, y tanto más en los tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto directo con la naturaleza, características como las ofrecidas en el folleto (perfectamente conocedor su autor intelectual del interés del sector del mercado al que va dirigido) tienen una especial relevancia, hasta el punto de que de haber conocido las circunstancias reales los compradores no habrían adquirido la vivienda».

<sup>190</sup> «No cabe objetar, como se hace en el motivo, una supuesta falta de diligencia de los actores por no haber especificado en el contrato la esencialidad que para ellos suponía unas determinadas vistas [...]».

<sup>191</sup> En relación con el valor vinculante de la oferta publicitaria menciona: «(arts. 2 y 3 del RD 515/1989, de 21 de abril artículo 81 LGDC y U 26/1984, de 19 julio –actualmente artículo 61 TR 1/2007, de 16 de noviembre–; SSTS, entre otras, 14 de junio de 1976, 27 de septiembre de 1977, 7 de noviembre de 1988; 3 de julio de 1993; 8 de noviembre de 1996; 30 de junio de 1997; 23 de mayo de 2003; 29 de septiembre de 2004; 12 de diciembre de 2005; 15 de marzo de 2010; 8 de marzo de 2011».

tractual»), que crea confianza. Menciona también el valor de las «estipulaciones implícitas», que «conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato –motivo causalizado–».

### 3.23 STS 01.10.2012<sup>192</sup>. RELACIÓN ENTRE EMPRESARIOS. PUBLICIDAD SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS. INCUMPLIMIENTO NO RESOLUTORIO

La cuestión de la incorporación de la publicidad al contrato se plantea, en este caso, en una compraventa de tres viviendas celebrada entre empresarios. La compradora, frente a la demanda de la vendedora (en la que pide el otorgamiento de la escritura y el pago del resto del precio debido), reconviene (con diversos pedimentos)<sup>193</sup>, aduciendo que la vendedora no ha cumplido lo que figura en la publicidad: la posibilidad de obtener financiación de la compra, subrogándose en el crédito bancario obtenido por la vendedora. La sentencia de segunda instancia estima la demanda, pero no estima la reconvencción de la compradora. Condena a la compradora a otorgar la escritura y pagar el resto del precio, adeudado. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora.

En este caso no se estima la pretensión de la compradora, referida al incumplimiento de las condiciones de financiación anunciadas. Pero esto no sucede porque la publicidad no vincule en las relaciones entre empresarios, sino por el contenido de ella. El TS considera que, al tratarse de una venta entre empresarios (pues es presumible que la compradora actuara como tal), no son aplicables los preceptos de protección de los consumidores, pero sí los artículos 7, 1258, 1281, 1282 CC. De estos resulta que el contenido de la publicidad (posibilidad de obtener financiación) se ha incorporado al contrato, creando obligaciones. Ahora bien, la obligación creada es de medios pues depende de que el banco permita la subrogación en el crédito. Además, el incumplimiento de la obligación de proporcionar financiación no sería un incumplimiento esencial en este caso, sino el de una obligación «accesoria» (en la calificación del TS). Por ello, no es causa suficiente para la resolu-

<sup>192</sup> Núm. 568/2012, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Comenta esta sentencia RUBIO TORRANO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 9/201, 2013.

<sup>193</sup> *Vid. infra*, al final de este apartado.

ción del contrato. Mas que no proceda la resolución, según el TS, no excluye el ejercicio de la acción de cumplimiento, ni el de la indemnizatoria. Pero el recurrente no instó el cumplimiento de la obligación de financiar, sino la nulidad y subsidiariamente la resolución. Tampoco consta que existan perjuicios derivados de ese incumplimiento.

### 3.24 STS 22.10.2012<sup>194</sup>. DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN QUE CONSTITUYEN POR SÍ INCUMPLIMIENTO

Aunque en este caso el conjunto residencial fuera calificado en la publicidad «de lujo y de máximas calidades», no es esto lo que determina las peticiones de la demanda, sino el hecho de que las edificaciones adolecen de defectos de construcción que por sí solos son un incumplimiento del contrato.

### 3.25 STS 28.02.2013<sup>195</sup>. FALTA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS TERRENOS CON LAS INSTALACIONES ANUNCIADAS, AUNQUE SE TRANSMITE UN DERECHO DE USO DE LOS MISMOS

La comunidad de propietarios de una determinada urbanización demanda al promotor de la misma porque «ha infringido la obligación pactada»: entregar [transmitir la propiedad de] determinados elementos comunes (piscina, piscina infantil, pista de paddle-tenis y club social). La comunidad reclama una indemnización equivalente al valor del terreno correspondiente a dichas instalaciones y al de las construcciones en que las mismas consisten. El planeamiento urbanístico impidió, en este caso, que el terreno en el que las referidas instalaciones debían estar ubicadas fuera de propiedad privada, por estar calificado como terreno de utilidad pública. No obstante, la promotora demandada adquirió el derecho de superficie sobre el mismo y construyó en él las instalaciones publicitadas. La comunidad de propietarios podía usarlas, pero, en realidad, la promotora no le transmitió la propiedad, tal como resultaba de la publicidad. Esta sentencia considera que el promotor ha incumplido su obligación, pues las instalaciones no transmitidas figuraban como

<sup>194</sup> Núm. 584/2012, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

<sup>195</sup> Núm. 137/2013, Pte.: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

elementos comunes de la urbanización en el folleto publicitario y en la maqueta. Ese incumplimiento justifica la *indemnización* del daño pedida por la comunidad. El daño consiste en el valor del suelo en que se asienta la zona socio-deportiva de la urbanización y el de las instalaciones construidas sobre la misma (cuya propiedad no ha sido transmitida, aunque sí el derecho a utilizarlas).

Esta sentencia reitera la doctrina del TS sobre la vinculación por la publicidad. Cita el precedente de anteriores sentencias. Hay referencias tanto al artículo 1258 CC como a la legislación sectorial de protección de consumidores, sin establecer diferencias en cuanto al respectivo supuesto de aplicación.

El hecho de que la calificación urbanística del terreno impida, en este caso, el cumplimiento de la obligación, no libera al deudor. La satisfacción del interés del acreedor se canaliza a través de la pretensión indemnizatoria (art. 1101 CC). El daño considerado es el correspondiente al objeto de la prestación, consistente en el valor del terreno y el de las instalaciones (prestación no realizada). De ese valor debería descontarse el del derecho de uso de las instalaciones. No se toma en cuenta, como causa de exoneración de responsabilidad, que la imposibilidad sea debida a la planificación urbanística (a un tercero). En general, según la jurisprudencia, las manifestaciones precontractuales obligan en la medida de la confianza creada.

### 3.26 STS 23.07.2013<sup>196</sup>. RELACIÓN ENTRE EMPRESARIOS. ENTORNO PARADISIACO: PUERTO DEPORTIVO Y CAMPO DE GOLF. VINCULACIÓN DEL VENDEDOR, AUNQUE LA CONSTRUCCIÓN ESTÉ A CARGO DE UN TERCERO

Demandante y demandada son, en este caso, dos entidades mercantiles. La demandante vendió, sobre plano, a la demandada una vivienda con garaje y trastero, en una urbanización desarrollada por ella. Aunque en el contrato solo se mencionaba el objeto vendido, la vendedora adjuntó un plano del puerto deportivo, aprobado por el Ayuntamiento, y otro de la urbanización en el que aparece un campo de golf. Y, tanto el puerto deportivo como el campo de golf, figuraban en la publicidad<sup>197</sup>. En el momento en que debía haberse cumplido el contrato de compraventa, el Ayuntamiento, a

<sup>196</sup> Núm. 518/2013, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

<sup>197</sup> La STS afirma: «Este Puerto Deportivo, junto con poder bañarse en una de las mejores playas del Mediterráneo y el disfrute de un campo de golf cerca de las casas, se



quien incumbía ejecutar la obra, no había procedido a la construcción del campo de golf ni del puerto<sup>198</sup>. Por ello, antes que la vendedora interpusiera la demanda origen de esta sentencia, en la que reclamaba a la compradora el cumplimiento del contrato, la compradora lo había resuelto extrajudicialmente, mediante notificación a la vendedora<sup>199</sup>. La sentencia de segunda instancia no estima la pretensión de la vendedora. Esta recurre en casación, por infracción del artículo 1124 CC y aplicación indebida de los artículos 1, 2 y 8 de la Ley 26/1984, al no tratarse de una venta a un consumidor. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación.

Esta sentencia reitera la doctrina de la incorporación de las manifestaciones publicitarias al contrato, lo que, en este caso, permite apreciar el incumplimiento del vendedor. «Al comprador –afirma el TS– se le ofrecía un entorno paradisíaco que no tiene correspondencia con la realidad». El TS, citando el criterio de la sentencia de 12.07.2011, considera que en la publicidad de la vendedora existe una información concreta «que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes». Y «si cabe entender que no es oferta en sentido estricto...» resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC).

La construcción del campo de golf y del puerto deportivo publicitados debía ser ejecutada por un tercero, el Ayuntamiento, y no por el vendedor. Este hecho no excluye el incumplimiento del vendedor. «Ciertamente –afirma el TS– el puerto y el campo de golf los promovía el Ayuntamiento, pero no hay referencia a la Corporación municipal, como impulsora, en el contrato ni en la publicidad, de forma que se inducía a confusión al contratante» (comprador). Para que el vendedor hubiera quedado liberado debería

---

publicitaron en la misma promoción como la posibilidad de vivir junto a ellos y con las correspondientes fotografías que reflejan esta situación».

<sup>198</sup> La STS afirma: «La vendedora redactó el contrato y diseñó la publicidad de forma que podría entenderse que el entorno tendría una fecha de terminación que se correspondería con el final de la urbanización, pero en el presente caso, no estamos ante un mero retraso sino ante una paralización del atractivo entorno ofrecido.»

<sup>199</sup> La STS afirma: «Tras pedirse la Licencia de Primera Ocupación el 30 de abril de 2009 y darse el 19 de junio de 2009, en fecha 23 de junio de 2009 la actora requirió para el otorgamiento de la escritura de compraventa para el día 6 de julio de 2009 sin que la demandada compareciera dada la resolución contractual que le había comunicado antes. Esta comunicación resolutoria fue el 11 de febrero de 2009 por esa no finalización de las obras en plazo, en solicitud también de la devolución de las sumas dadas a cuenta, lo que reiteró la demandada el 7 de mayo de 2009 contestando la actora a tales burofaxes en el sentido de oponerse a ello por la proximidad del otorgamiento de la escritura que hizo en la indicada fecha de 23 de junio siguiente y por no poder resolver hasta el 30 de abril, sin que a este acto compareciera dicha demandada insistiendo por otro burofax de 25 de agosto de 2009 en esa resolución».

haberse indicado en la publicidad, de forma más clara, que la Corporación municipal era la impulsora.

Procede destacar también que la vinculación por la publicidad se aplica en este caso a un contrato de compraventa entre empresarios. La recurrente (vendedora) alega en casación la indebida aplicación de los artículos 1, 2 y 8 de la Ley 26/1984, pues la compradora no es un consumidor. El TS considera que esto no altera la solución dada por el Tribunal de instancia, pues conforme a la STS de 28.02.2013<sup>200</sup> «no era ineludible acudir a la normativa de protección de consumidores, sino que en base a los artículos 1255, 1258, 1285 y 1469 CC [también] era preciso que hubiera correspondencia entre lo ofertado y lo entregado, [...]». Se pone así de manifiesto que, en muchos casos, la aplicación del principio de buena fe o la de la norma especial de protección de los consumidores conduce a resultados prácticos parecidos.

### 3.27 STS 11.06.2015<sup>201</sup>. CONFIANZA CREADA POR EL FOLLETO PUBLICITARIO

Diversos propietarios, que han comprado sus viviendas a la misma promotora, demandan a esta, a título individual, la sustitución o reparación del pavimento<sup>202</sup>. Su demanda no se estima en primera instancia, pero sí en la segunda. La sentencia de apelación condena a la promotora a subsanar los defectos del pavimento y subsidiariamente a indemnizar el coste de sustitución del mismo.

Como indica el Tribunal Supremo, en este caso la verdadera razón que determina la estimación de la demanda no es que el pavimento de las viviendas de los demandantes no sea conforme a lo indicado en la publicidad, sino que el mismo adolece de defectos (escasa resistencia, oquedades) que por sí solos implican un incum-

<sup>200</sup> La STS 28.02.2013 destaca, de forma genérica, la coincidencia entre las normas de protección de los consumidores y las normas del CC, en la incorporación de la publicidad al contrato. «Se reitera ahora –afirma esta STS– que los datos, características y condiciones [...] que se incluyan en la [...] publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado, como dice el artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas. Norma que es coincidente con la Ley de defensa de los consumidores y usuarios, tanto la de 1984 como la del Decreto legislativo de 2007. Y es concordante con las normas del Código civil sobre autonomía de la voluntad y eficacia de los contratos, ya que disponen la obligatoriedad de lo pactado contractualmente –*pacta sunt servanda*, artículo 1091 de Código civil– y lo que resuelven la sentencia recurrida EDJ 2010/365629 y la jurisprudencia es que el contrato –lo pactado en él– no sólo es el texto del mismo, sino lo que se ha ofrecido en la publicidad.»

<sup>201</sup> Núm. 348/2005, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

<sup>202</sup> La indemnización solicitada, en este caso, tiene por finalidad que el comprador satisfaga su interés, por sí, a costa del vendedor (indemnización en lugar del cumplimiento).

plimiento del contrato. No obstante, el Tribunal Supremo reitera *obiter dictum* su doctrina sobre la incorporación de la publicidad al contrato y la aplica a este caso. En contra de lo que sostiene la promotora en el recurso de casación, el TS considera que la memoria de calidades no contradice al folleto publicitario, pues este hace referencia a materiales de primera calidad y la memoria no contiene indicación de calidades. Para la Sala resulta incuestionable la importancia del folleto publicitario para la integración del contrato, dada la incidencia del mismo en la formación del consentimiento<sup>203</sup>, por la confianza que crea<sup>204</sup>.

Aun que las afirmaciones del Tribunal Supremo sobre la vinculación por la publicidad sean un mero *obiter dictum*, porque los defectos del pavimento, por sí solos, constituyen incumplimiento de contrato, reiteran su consolidada doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato.

### 3.28 STS 20.11.2017<sup>205</sup>. RESOLUCIÓN: INCUMPLIMIENTOS PARCIALES DE LA OFERTA PUBLICITARIA QUE CONSTITUYEN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Frente a la demanda de la promotora, que exige al comprador de una vivienda el cumplimiento del contrato, este, en reconvencción, pide se declare la nulidad o la resolución del mismo (con las restituciones correspondientes) y, subsidiariamente, una rebaja del precio de la vivienda comprada. El comprador justifica la resolución del contrato en que la vendedora ha incidido en un incumplimiento esencial de su oferta publicitaria, pues el campo de golf solo tiene ocho hoyos en vez de dieciocho, la urbanización carece de acceso a la autopista, la vivienda no es un bajo sino un semisótano. La sentencia de segunda instancia, recurrida en casación por

<sup>203</sup> La incidencia en la formación del consentimiento, con la que se justifica la incorporación de la publicidad al contrato, no conduce en este caso a la aplicación del error vicio del consentimiento sino del sistema de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

<sup>204</sup> El TS afirma: «El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido “estricto” (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26.03.1993 y 28.01.2000, entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento... además de que no cabe desconocer lo dicho sobre la representación contractual y la confianza creada, e incluso procede resaltar el valor de las estipulaciones –previsiones normativas contractuales– implícitas, las que, conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato –motivo causalizado– Sentencia de 12.07.20, 11 de julio de 2011, recurso: 1838/2007».

<sup>205</sup> Núm. 616/2017, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

el comprador, reconoce «valor contractual de lo ofertado publicitariamente y a tal efecto cita las sentencias [del TS] (...) de 30 de mayo de 2011, 23 de julio de 2013, 28 de febrero de 2013», pero no atribuye carácter esencial al incumplimiento de la vendedora. Por ello no concede la resolución, aunque si la reducción del precio. El TS, da lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador, porque los tres incumplimientos parciales de la vendedora constituyen un incumplimiento esencial, que permite la resolución del contrato.

### 3.29 STS 06.02-2020<sup>206</sup>. VISTAS AL MAR. ANULABILIDAD DEL CONTRATO POR ERROR

Los demandantes habían comprado a la demandada, promotora inmobiliaria, una casa (la casa muestra) en una urbanización desarrollada por esta. En el momento de la compra, la vivienda, ya construida, tiene las vistas al mar anunciadas en la publicidad («las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda»; idea anunciada de «vivir en un mirador privado»). Tales vistas se pierden posteriormente, por la construcción hecha en otra parcela de la misma urbanización, que al parecer no respeta el proyecto inicial mostrado a los demandantes.

Los demandantes piden, en primer lugar, la anulación del contrato por error vicio del consentimiento; y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento. La sentencia de primera instancia estima el error, pero rechaza el incumplimiento. La demandada interpone recurso de apelación. En él impugna el pronunciamiento de error. El recurso de apelación no es estimado por la Audiencia<sup>207</sup>. La demandada interpone recurso de casación y el TS no da lugar a él.

El TS funda la anulación del contrato por error en el carácter esencial y excusable del mismo. La esencialidad supone que «las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar están presentes en el contrato» aunque no necesariamente de modo expreso; son «auténtica base y finalidad del negocio» (STS 726/2000, de 17 de julio) o «motivo de la celebración del negocio, atendida su finalidad» (STS 745/2002, de 12 de julio y 43/2003, de 24 de enero). En cuanto a la esencialidad, el TS considera que, en este caso, concurren sus requisitos porque «los compradores no habrían celebrado el contrato de haber conocido la

<sup>206</sup> Núm. 88/2020, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

<sup>207</sup> SAP Barcelona 30.12.2016 (EDJ 2016/299695). En lo que nos interesa, esta sentencia fundamenta la anulación del contrato por error en las normas de protección de los consumidores (deberes de información) y en la figura del error.

notoria privación de vistas que se podría producir con posterioridad o, al menos, no lo habrían celebrado en los términos en que lo hicieron». Se afirma que en el momento de la celebración del contrato hay una «expectativa fundada de que las vistas iniciales se mantendrían en el tiempo», «desde cualquier punto de la vivienda»<sup>208</sup>. La apreciación de la esencialidad no alude a la incorporación de los motivos al contrato, pero existe en este caso.

En cuanto a la excusabilidad, el TS aplica su reiterada doctrina según la cual, la excusabilidad debe apreciarse teniendo en cuenta la conducta de ambos contratantes<sup>209</sup>. En este caso, el error «ha sido provocado por la otra parte en base a la transmisión de información incorrecta que dio lugar a un estado de confianza que posteriormente resulta defraudado».

Aunque lo que se discute en casación es si se cumplen los requisitos del error y esto por sí solo permite anular el contrato, el Tribunal Supremo indica que la sentencia recurrida también aplica el artículo 3 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre deberes de información en la venta y arrendamiento de viviendas.

La particularidad de esta sentencia está en tratar el incumplimiento de lo anunciado como un problema de error y no de incumplimiento del contrato, como el resto de las sentencias estudiadas en este trabajo. Seguramente influye en ello el hecho de que la pérdida parcial de las vistas al mar anunciadas y existentes en el momento de la compra de la casa ya construida (casa piloto) no es debida a la actuación del vendedor en la ejecución de la obra (incumplimiento) sino a causas sobrevenidas extrañas a él (edificación por el comprador de otra parcela), pero ocurridas en el desarrollo de la misma urbanización. Como las circunstancias a las que se refiere el error no se limitan a las presentes en el momento de contratar, sino que incluyen su persistencia, el TS retrotrae al momento inicial la consideración de la incidencia del cambio futuro. Razona de este modo: «[L]os compradores no habrían celebrado el contrato de haber conocido la notoria privación de vistas al mar que se podía producir con posterioridad [...]». Y, asimismo, el TS rechaza el argumento de la recurrente, consistente en que «las circunstancias se han visto modificadas por sucesos futuros o actos realizados por terceros». El TS lo rechaza porque «no se trata en el

<sup>208</sup> La sentencia recurrida afirma que si bien «se mantiene un resto de vistas sobre el mar desde algún punto de la vivienda y finca de los actores, es lo cierto que estas en nada puede ser equiparables ni a las vistas publicitadas (...) ni a las existentes en el momento de la adquisición de la vivienda (casa muestra) por parte de los actores. De tal manera que las vistas desde la finca que se mantiene en la actualidad no permiten de modo alguno mantener la afirmación de que «las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda» ni respondería a la idea de «vivir en un mirador privado».

<sup>209</sup> Así desde la STS 04.01.1982, *vid.* MORALES MORENO, 1988 (2), p. 217 ss.

caso de sucesos futuros o actos realizados por terceros de carácter imprevisible, sobre los que evidentemente no cabe la alegación de error. La sustancia del error se encuentra precisamente en el hecho de que, al momento de contratar, pudo ser conocida la circunstancia que lo determina y, sin embargo, no lo fue [...]».

¿Existe en este caso un incumplimiento del contrato de parte de la vendedora, que pueda justificar la resolución? La cuestión no se plantea en casación, ni en segunda instancia, porque la demandada no recurre, en este punto, la sentencia del juzgado que excluyó el incumplimiento. Pero tiene interés plantearla en un caso, como este, en el que no parece haber sido la vendedora y promotora de la urbanización la que ha ejecutado la edificación de la parcela que priva a los demandantes de las vistas del mar. Creo que esta circunstancia (no haber ejecutado la edificación) no excluye el incumplimiento del contrato, en cuanto que, en el desarrollo de la urbanización promovida por ella (algo que puede suponerse en su esfera de control) se ha privado a los demandantes de las vistas al mar anunciadas.

#### 4. CONCLUSIONES

Primera. La jurisprudencia del TS español, a partir del año 1977, ha construido la regla general de incorporación de la publicidad al contrato como una concreción del principio de buena fe. El principio de buena fe fundamenta la protección de la confianza del contratante que «cree, justificadamente, que lo anunciado vincula» a la otra parte. Esta razón coincide con la que podemos encontrar, como regla general, en los PECL y DCFR. Según estos principios, lo que determina la incorporación es que la otra parte (destinataria de la publicidad) entienda, razonablemente, que las declaraciones (publicidad) han sido hechas con vistas a formar parte del contrato, si llega a celebrarse.

Segunda. El CC español no regula de manera expresa y general la vinculación contractual por las declaraciones publicitarias. Sí, en cambio la Propuesta de Modernización de la Comisión General de Codificación y otra propuesta de modernización del CC. La incorporación de la publicidad al contrato sí está prevista en las leyes especiales de protección de los consumidores. Aunque puedan establecerse diferencias en la técnica de aplicación de la regla general, fundada en la buena fe, y la especial o especiales de protección de los consumidores, el TS no las ha marcado, destacando, en ocasiones, el resultado convergente de la aplicación de una u otras.

Tercera. La casi totalidad de la jurisprudencia del TS español sobre la incorporación de la publicidad (u otras declaraciones públicas) al contrato se refiere a casos de venta de viviendas en construcción. El comprador, en ocasiones es una empresa. Esta circunstancia no modifica la regla de la incorporación.

Cuarta. La expresión «oferta publicitaria», utilizada frecuentemente por el TS para designar a la publicidad, no significa que el TS atribuya a la publicidad el carácter de verdadera oferta de contrato.

Quinta. En la publicidad comercial se diferencia la que tiene contenido informativo y la que es «pura invitación o reclamo». Sólo la primera permite incorporar sus contenidos al contrato. Para que pueda producirse la incorporación, el TS exige concreción en los contenidos publicitarios.

Sexta. En el debate, en casación, al que da lugar la aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato se advierte una tensión entre el argumento de la literalidad del documento contractual y la exigencia de tomar en cuenta los actos anteriores de los contratantes. Los actos del contratante anunciante se toman en cuenta no como expresión de su voluntad sino por la confianza que provocan. Se utilizan para integrar el contrato, conforme a la buena fe (art. 1258 CC).

Séptima. En las ventas de viviendas en construcción, objeto de la mayoría de las sentencias del TS, el *iter* precontractual (o contractual previo a la entrega, si se prefiere, para ser más exactos) es largo. Solemos hallar un primer documento contractual, anterior a la edificación, y la escritura pública definitiva. En aquel encontramos, en ocasiones, facultades de modificación de lo anunciado que se reserva el promotor. En este aparece la renuncia de los compradores a contenidos anunciados. El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aquella reserva de facultades y sobre estas renunciaciones. Bajo ciertos presupuestos, ha admitido la eficacia de unas y otras. En cuanto a la reserva de la facultad de introducir variaciones, excluye la eficacia de la cláusula redactada «de forma genérica y escueta», sin el detalle suficiente. E interpreta estas cláusulas de modo restrictivo, limitándolas a las variaciones «secundarias y normales». En cuanto a las cláusulas de renuncia, exige conocimiento de aquello a lo que se renuncia. No valen por tanto cláusulas ambiguas o excesivamente genéricas.

Octava. En la casi totalidad de las sentencias del TS estudiadas, la protección de la confianza en la publicidad se canaliza a través de la responsabilidad contractual. El incumplimiento de lo anunciado es un incumplimiento del contrato. El contratante protegido (insatisfecho) puede ejercitar los remedios del incumplimiento. Esto es así,

pero en modo alguno significa que el TS no admita que la protección del contratante pueda canalizarse a través de remedios de naturaleza precontractual. Una reciente sentencia del TS admite la nulidad del contrato, por error, por la pérdida de las vistas anunciadas.

Novena. La responsabilidad contractual del anunciante unas veces resulta de hechos propios: no haber ejecutado la obra conforme a lo anunciado. Otras de obstáculos impeditivos externos: cambios del planeamiento urbanístico, o el hecho de que la corporación municipal no llegue a desarrollar las obras programadas, a cargo de ella. El hecho de que el incumplimiento provenga de tercero no excluye la responsabilidad contractual del anunciante, si no ha condicionado con claridad esa eventualidad. Es una garantía. El anunciante asume el riesgo de que no se cumpla lo anunciado, aunque sea debido a un acto de tercero.

Décima. La jurisprudencia del TS analizada nos ofrece, además, una buena muestra del funcionamiento de los remedios del incumplimiento en un ámbito concreto e importante: el de la compraventa de viviendas en construcción. Podemos constatar los límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento (subsanação del cumplimiento defectuoso) cuando, siendo este posible, sería muy complejo y costoso, dotar a la vivienda de ciertas instalaciones anunciadas; por ejemplo: un sistema central de calefacción. En este caso se desvía la satisfacción del interés del acreedor hacia la indemnización. En cuanto a la resolución, también constatamos cómo la acumulación de varios incumplimientos no esenciales permite al TS establecer la esencialidad del incumplimiento. O cómo el TS aplica la resolución cuando la indemnización no satisface convenientemente el interés del acreedor. Sin duda porque se ha visto privado de aquello que podía esperar del cumplimiento del contrato, no sustituible por la indemnización. En cuanto a la *indemnización*, interesa constatar cómo el TS calcula el daño por las carencias de la vivienda entregada; o excluye la compensación de la menor calidad de los radiadores con la mejor calidad de las ventanas.

Decimoprimera. En los casos estudiados no existe publicidad de tercero. El TS no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ella. Al margen de la previsión en las normas de consumo, que sí la tienen en cuenta, creo que la vinculación por la publicidad de tercero puede resultar del principio de buena fe. Por ejemplo: si el contratante favorecido por la existencia de la publicidad conoce que el otro celebra el contrato influido por ella, y se aprovecha de esa circunstancia.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, Silvia: «La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles», en Ana Cañizares Laso (ed.) *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 52-70.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad» en: BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia, PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de consumo*, 2020 (actualizaciones a cargo de COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia).
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: «Publicidad y adquisición de vivienda», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, n.º (Westlaw: BIB 1999-1361), 1999.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1994.
- CAMACHO PEREIRA, Consuelo: «Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea», *InDret*, 2012.
- «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual», *InDret*, vol. 2/2011, 2011, pp. 1-13.
- *La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario: Integración de la Publicidad en el Contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Artículo 61 TR-LGDCU», en Sergio (Director) Lapuente, Cámara (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 2.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN PRIMERA: «Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, 2009.
- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, Ángel: «La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III, 1996.
- DEDEK, Helge: «Art. 6:101: Statements Giving Rise to Contractual Obligations», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 791-813.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción. Teoría del Contrato T. 1*, 6.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial: I Introducción, Teoría del Contrato*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- ELIZALDE IBARBIA, Francisco: *El contenido del contrato*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales publicitarias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, pp. 147-179.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario Artículo 61», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, Aranzadi-Thonson Reuters
- GARCÍA RUBIO, María PAZ: «Comentario artículo 1258 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.) *Comentarios al Código civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1373-1375.
- GASPAR LERA, Silvia: «La oferta de contrato en Derecho español: cuestiones y perspectivas», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 33, 2014, pp. 125-158.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «Sentencia de 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, pp. 323-337.
- INFANTE RUIZ, Francisco: «La Promoción Publicitaria y la Contratación Inmobiliaria», en María de los Ángeles Parra Lucán (ed.) *Acceso a la Vivienda y Contratación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-269.
- «The Integration of Advertising Statements into the Content of the Contract», en J. Plaza Penadés, L. M. Martínez Velencoso (eds.) *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, 2015 (2).
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)», *Revista de Derecho Privado*, vol. enero, 1980, pp. 50-78.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián; GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario Artículo 61» en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.<sup>a</sup> ed. 2015 Aranzadi-Thonson Reuters.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario Artículo 116», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, Aranzadi-Thonson Reuters
- MARTÍN GARCÍA, María Lirio: *La publicidad: su incidencia en la contratación*, ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «Sentencia de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp. 477-497.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *La oferta contractual*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *El Error en los Contratos*, CEURA, Madrid, 1988 (2).
- «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el artículo 8.º de la LGCU)», en *Homenaje a Juan Berchman Vallet de Goytisolo*, vol. 8, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 667-694.

- «Declaraciones publicitarias y vinculación contractual: Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva», en *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 257-287.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho civil*, vol. LXV, fasc. 2012, pp. 6-28.
- PASQUAU LIAÑO, Manuel: «Comentario artículo 8», en Rodrigo Bercovitz, Javier Salas Henández (eds.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 140-175.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Principios y criterios legales en la interpretación del contrato», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2010.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 6/200, 2005.
- RICO PÉREZ, Francisco: «La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 557-570.
- «Valor de la propaganda en la compraventa de un piso», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. abril, 1978, pp. 345-358.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», en Ángel Carrasco Perera (ed.) *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz, tomo I*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 465-470.
- «Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesoria», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 9/201, 2013.
- SCHULZE, Reiner; ZOLL, Fryderyk: *European Contract Law*, 2.<sup>a</sup> ed. Beck, Hart, Nomos, 2018.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «Sentencia de 2 de noviembre de 2010: Perfección del contrato. Consentimiento contractua: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares.», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 87 (septie, 2011, pp. 1585-1601.
- TARRELLES, Esther: «Artículo 116 TR-LGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 1070-1080.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of obligations*, Oxford University Press, New York, 1996.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Publicidad y formación del contrato en el Derecho francés: paralelismo con el Ordenamiento español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2014, número 1, pp. 93-131.
- «La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2016, parte Doctrinal, 2016, pp. 63-92.