

DE NUEVO SOBRE EL VALOR CONTRACTUAL DE LA
PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES: DE
LA STS DE 27 DE ENERO DE 1977 A LA STS DE 20 NOVIEMBRE
DE 2017

*AGAIN ON THE CONTRACTUAL VALUE OF ADVERTISING IN THE SALE
AND PURCHASE OF REAL ESTATE: FROM THE STS OF JANUARY 27, 1977
TO THE STS OF NOVEMBER 20, 2017*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 218-259



Dra. M^a Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente estudio pretende analizar cómo, en los últimos 40 años, ha evolucionado en el ordenamiento jurídico español, la normativa y la jurisprudencia relativa a la eficacia contractual de la publicidad comercial, con especial referencia a la compraventa de viviendas.

PALABRAS CLAVE: Publicidad comercial; integración del contrato; jurisprudencia; protección de los consumidores; compraventa de vivienda.

ABSTRACT: The present study intends to analyze how, in the last 40 years, regulations and jurisprudence regarding the contractual effectiveness of commercial advertising have evolved in the Spanish legal system, with special reference to the sale of homes.

KEY WORDS: Commercial advertising; contract integration; jurisprudence; consumer protection; home purchase and sale.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA Y DE LA JURISPRUDENCIA EN SU VALOR CONTRACTUAL.- II. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LGDCU.- III. EL ART. 8 LGDCU Y EL RD 515/1989, DE 21 DE ABRIL.- 1. El deber de información en la publicidad y la prohibición de la publicidad engañosa: art. 8.1º, primer inciso y 3º LGDCU y art. 3.1 RD 515/ 1989.- 2. La integración de la publicidad en el contenido contractual: el art. 8. 1º, segundo inciso y 2º LGDCU y el art. 3.2 R.D. 515/1989.- IV. LOS ARTS. 61 Y 65 TRLGDCU.- 1. El deber de información en la publicidad en el art. 61, sin prohibición expresa de la publicidad engañosa.- 2. La integración de la publicidad en el TRLGDCU y la jurisprudencia que la aplica.- V. LA STS 616/2017, DE 20 DE NOVIEMBRE.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA Y DE LA JURISPRUDENCIA EN SU VALOR CONTRACTUAL.

La publicidad ha sido, tradicionalmente, el instrumento utilizado por los empresarios para dar a conocer sus productos o servicios, invitando a su contratación. Asimismo, ha sido habitual que en las declaraciones publicitarias se incluyeran exageraciones, cuando no abiertas falsedades que, sin embargo, con la doctrina del denominado *dolus bonus*, eran justificadas y permitidas por doctrina y jurisprudencia, sin que su comisión implicara vicio del consentimiento provocador de la anulación del contrato.

Esta permisividad y el uso de nuevas técnicas de comunicación provocó el aumento, en los años 70 del pasado siglo, del número de engaños publicitarios e hizo reaccionar, en primer lugar, a la jurisprudencia que, utilizando como instrumento las reglas subjetivas (oferta de contrato) y objetivas (buena fe) de integración contractual del art. 1.258 CC, decidió dotar de relevancia contractual a las declaraciones publicitarias objetivas en dos conocidas sentencias, una de las cuales, la STS de 27 de enero de 1977, resolvía un caso de promoción y compraventa de vivienda. Tanto en ella como en posteriores resoluciones se integraban en el contrato *ex art. 1.258 CC*, datos objetivos descritos en los mensajes publicitarios

• Dra. Mª Pilar Montes Rodríguez

Profesora Titular EU Derecho Civil en la Universitat de València. Licenciada en Derecho en 1988 en la Universitat de Valencia. Tras recibir una beca predoctoral de la Generalidad Valenciana realizó los cursos de doctorado en el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valencia y en 1998 se doctoró en derecho al defender una tesis dirigida por el Dr. Rafael Ballarín Hernández con el título "La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios". Desde ese mismo año es profesora TEU del Departamento de Derecho civil de la citada Universidad. Se ha especializado en Derecho contractual, protección de los consumidores, prevención del fraude electrónico, sucesión legítima e intestada, derechos reales de garantía y delimitación competencial en materia de derecho civil así como en Derecho familia, en especial en la LREMV. Correo electrónico: pilar.montes@uv.es.

relativos a las características de la vivienda, elementos comunes o de la urbanización donde se situaba, especialmente en los casos en que la venta se producía sobre plano, en los que el papel de la publicidad se volvía especialmente relevante.

Desde entonces, hasta la reciente STS 616/2017, de 20 de noviembre, han transcurrido 40 años en los que numerosas decisiones jurisprudenciales han reconocido de formas diversas y con mayor o menor acierto el valor contractual de la publicidad, apoyadas por las normas que, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, se han ido dictando con posterioridad: art. 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), el 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 vivienda y el art. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU).

II. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LGDCU.

La primera de las resoluciones jurisprudenciales que dio valor contractual a una oferta publicitaria, en una compraventa de vivienda, fue la célebre STS de 27 de enero de 1.977.¹ En este supuesto, el conflicto que di lugar al litigio surgió a partir un folleto publicitario realizado para promocionar la venta de viviendas en construcción, en el que se describían una serie de características del inmueble (aire acondicionado, agua caliente) y una serie de elementos comunes de los que disfrutarían todos los miembros de la Comunidad de Propietarios (cafetería, salón de reuniones, azotea, etc.). Al pie del folleto publicitario, emitido por la propia constructora y vendedora, se insertó una frase en la que se decía: “Este folleto no constituye documento contractual”. Por ello, el Tribunal Supremo, aunque utilizó una terminología confusa («públicas promesas», «lo prometido» en la publicidad), no pudo calificar el mensaje publicitario de oferta de contrato dado que carecía de uno de los elementos esenciales: la intención de obligarse contractualmente, aunque entendió en su Considerando 2^a que el principio de buena fe, reconocido en el art. 1.258 CC, permitía la integración de lo en ella afirmado en el contenido contractual²: “En primer lugar, porque, siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente de piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil al crearlos, con todo fundamento vinculantes para la empresa; pero es que además, los planos

1 STS 27 enero 1977 (RAJ 1977, 121).

2 Al comentar esta Sentencia entendió LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 71, que la obligatoriedad de lo anunciado publicitariamente derivaba de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico.

de la construcción, siguiendo una línea de honradez profesional, responden, salvo pequeños detalles, a aquella línea de públicas promesas, y el informe pericial aludido, al que se atiende la instancia y que no ha sido impugnado por el cauce adecuado, se refiere a discrepancias, no sólo con la propaganda vinculante sino con dos planos oficialmente presentados al objeto de cumplimentar exigencias de urbanismo”.

En segundo lugar, cabe citar la STS de 19 (o 9) de febrero de 1.981³. En ella se planteó el conflicto entre 12 compradores de viviendas en la urbanización “Residencial San José” y D.V.C.J., propietario del terreno y D. J.C.F.A., constructor y vendedor de la urbanización. D.V.C.J., propietario de una finca denominada “Los Canales” o “Arroyo de la Presa”, sita en el término municipal de Pelayos de la Presa (Madrid), la vendió en documento privado a D. J.C.F.A., que inició en ella la construcción de una urbanización denominada “Residencial San José”. Una vez levantadas las primeras viviendas, D. J.C.F.A. comenzó una campaña publicitaria por medio de folletos, en los que se afirmaba: «entre otros elementos, la urbanización cuenta con piscina para adultos, piscina infantil, agua y zonas verdes». Los demandantes, estimulados por la publicidad, acudieron al constructor-vendedor, quien les informó, mediante la exhibición de unos planos coincidentes con lo descrito en la publicidad, de las características de “Residencial San José”, urbanización en la que se habían proyectado 50 chalets unifamiliares de dos plantas y dos bloques de viviendas apartamento, zonas de aparcamiento, y los elementos comunes anunciados. Los actores celebraron con D.J.C.F.A. contratos de compraventa, entregaron las cantidades iniciales y recibieron las llaves de las viviendas. En los documentos privados suscritos por los compradores no se hacía referencia a los elementos comunes anunciados públicamente. La piscina, principal elemento común en litigio, se construyó y era utilizada por los residentes de forma exclusiva. En 1.972, D. J.C.F.A. inició la construcción, en unas fincas colindantes, de una nueva urbanización denominada “Urbanización San José”, difundiendo nuevos folletos publicitarios en los que se describían características constructivas superiores en calidad a las de Residencial San José e incluyendo también elementos comunes entre los que se encontraba una piscina. Sin embargo, el constructor-vendedor no procedió a la construcción de una nueva piscina, sino que puso a disposición de los propietarios de la nueva urbanización, la construida en “Residencial San José”, surgiendo el conflicto que dio lugar al litigio. Los copropietarios de Residencial San José interpusieron demanda en juicio ordinario de mayor cuantía, incluyendo entre los pedimentos de la demanda, la condena del constructor-vendedor al otorgamiento de escritura pública de compraventa, a la conclusión de las obras de urbanización pendientes en «Residencial San José», que no se admitiera como parte integrante de esta urbanización a los copropietarios de “Urbanización San José” impidiendo así el uso común de la piscina, el abono de

3 J. C., 1.981, n° 64. Esta sentencia que analizamos aparece en el Repertorio Aranzadi de 1.981, a mi entender como consecuencia de un error tipográfico, con fecha 9 de febrero de 1.981, y en el n° 533 del mismo. En la STS de 8 de noviembre de 1996, aparece con citada con fecha 9 de febrero.

los gastos y la indemnización por los perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la mayoría de las peticiones, excepto la solicitud de indemnización de daños y perjuicios. Recurrida en apelación fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El vendedor anunciante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo utilizando entre otros los siguientes argumentos: En el documento contractual se hacía referencia a los elementos comunes, pero no se los describía. La descripción se encontraba en el folleto publicitario. Por tanto, el Tribunal consideró que el folleto publicitario formaba parte de la oferta de contrato completándola, siempre que en él no se excluyera expresamente la intención de obligarse contractualmente: "dado que lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido en lo contratado en base a esa oferta".

En tercer lugar, cabe citar la S.T.S. de 28 de septiembre de 1.985⁴, (dictada después de la entrada en vigor de la LGDCU, pero que no la aplicó porque el conflicto surgió con anterioridad) que resolvió el litigio surgido entre la constructora y vendedora "Inversión Hogar S.A." y un conjunto de adquirentes de viviendas en construcción. En el folleto publicitario emitido por la constructora vendedora se describían las características de los inmuebles en construcción (entre las que se incluían la solería de cerámica esmaltada en cocina y baños y la carpintería de aluminio) y de los elementos comunes, entre ellos el portal de entrada decorado con gran prestancia. Una vez entregadas las viviendas, los compradores comprobaron que carecían del anunciado revestimiento cerámico, de la carpintería metálica y que el portal de entrada no estaba decorado en la forma descrita en la publicidad. Por todo ello interpusieron demanda reclamando la condena de la vendedora al pago del importe de estos revestimientos y de su colocación. El Juez de primera instancia desestimó la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y condenó a "Inversión Hogar S.A." a pagar los gastos necesarios para que el inmueble revistiera las características anunciadas. Planteado recurso de casación por la vendedora, el Tribunal Supremo calificó de oferta al público el contenido del folleto publicitario que, previa aceptación por el consumidor, formaba parte del contrato y debía ser cumplido "había de reunir los detalles de la oferta de promoción expresamente nombrada ya que tales datos fueron en el decir, no contradicho, de la Sala de instancia, en su función interpretadora del contrato, determinantes del consentimiento prestado" (C^o5). En este caso, de nuevo concurrían folleto publicitario y documento contractual en la común configuración de la oferta de contrato, y tampoco el Tribunal Supremo exigió que cada uno de ellos reuniera los elementos esenciales del contrato, si lo hacían en su conjunto. Además, el Tribunal aludió a la obligación del oferente de comportarse de un modo coherente con lo anunciado, aunque en este caso, el recurso a la buena fe contractual constituía un

4 STS 28 septiembre 1985 (RAJ 1.985, 4.480).

argumento de apoyo a la vinculatoriedad del folleto como oferta de contrato, más que una camino distinto por el que otorgar relevancia contractual a la publicidad⁵.

En cuarto lugar, se encuentra la STS. de 20 de enero de 1.989⁶. En este caso el litigio se planteó entre D.P.N.S., constructor-vendedor de viviendas en construcción y varios compradores de las mismas. Los compradores podrían ser calificados de consumidores de acuerdo con el art. 1, 2° y 3° L.G.D.C.U. Sin embargo, ni las partes invocaron ni el Tribunal aplicó el art. 8 1° segundo inciso LGDCU porque los contratos se celebraron antes de la entrada en vigor de la ley. D.P.N.S., inició la construcción del Edificio Rosal, situado en Palma de Mallorca, ocupándose también, aunque de forma parcial, de la venta de las viviendas en él construidas. Para dar a conocer las características de las viviendas, el constructor-vendedor entregó a los futuros compradores folletos publicitarios en los que se incluían una serie de características objetivas que debían reunir los inmuebles en construcción. Los demandantes compraron varias viviendas del Edificio Rosal, y al recibir las, apreciaron diferencias cualitativas entre las características objetivas descritas en el folleto publicitario y los inmuebles entregados. Los compradores interpusieron demanda solicitando la condena del constructor al cumplimiento efectivo del contrato, mediante la realización de las obras tendientes a subsanar las diferencias apuntadas. El Juzgado de Primera Instancia condenó al constructor vendedor a indemnizar a los compradores por los daños y perjuicios derivados del defectuoso cumplimiento. Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia estimó parcialmente el recurso, condenando al demandado a realizar las obras, trabajos y reparaciones tendientes a subsanar las deficiencias y a indemnizar a los compradores por los daños y perjuicios causados. El constructor interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó, utilizando *ratio decidendi* los siguientes argumentos: "a la vista del contenido de los contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que, el promotor-constructor, hizo en los repetidos anuncios publicitarios, toda cuya documentación, unida al resultado de la pericial y de la inspección ocular, permite al Juzgador concluir de una parte, en la decisiva influencia de la publicidad «sobre la conducta y voluntad de los actores» al contratar y, de otra, en la existencia de defectos y omisión de detalles en la obra entregada,

5 En el Fundamento de Derecho 5° de la Sentencia se afirmó: "en nada afecta a la tesis de la sentencia combatida de que el contrato de compraventa celebrado obliga a cuanto en él se pactó y a todo lo que conforme a su naturaleza sea conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, y que en el caso de autos esa exigencia de buena fe alcanza a entender que la ejecución de la obra en los términos convenidos había de reunir los detalles de la oferta de promoción expresamente nombrada, ya que tales datos fueron en el decir, no contradicho, de la Sala de instancia, en su función interpretadora del contrato, determinantes del consentimiento prestado" y en el Fundamento de Derecho 6° se reiteró: "carece de sentido oponer, en el cuarto motivo de casación, que por ello claudica, la condena al abono de las obras omitidas o incorrectamente ejecutadas la exención de responsabilidad del vendedor por los defectos manifiestos de la cosa vendida a que se refiere el artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro del Código civil, lo que en el caso presente se trata de una entrega diversa de lo pactado -*alio pro alio*- por faltar en el inmueble vendido, elementos o calidades tenidas en cuenta al contratar, en un actuar de buena fe".

6 STS 20 enero 1989 (RAJ 1.989, I 11).

respecto de lo ofertado públicamente y contemplado en las memorias descriptivas y contratos correspondientes, con todo lo cual la conducta enjuiciada cae bajo el supuesto de contravención de lo convenido, que sancionan los artículos 1.101 y 1258 del C.c., incumplimiento contractual cuyo plazo de reclamación es de 15 años (artículo 1.964 del Código) estaba vivo en el momento de ejercitar la acción los actores" (F^o D^o 1).

En este caso, el Tribunal Supremo partió en sus razonamientos, de la coincidencia entre lo ofrecido públicamente y las características descritas tanto en el folleto y las memorias descriptivas como en el documento contractual. Ambos elementos constituirían conjuntamente la oferta de contrato, que fue aceptada por los compradores, de ahí su obligatoriedad.

III. EL ART. 8 LGDCUY EL RD 515/1989, DE 21 DE ABRIL.

1. El deber de información en la publicidad y la prohibición de la publicidad engañosa: art. 8.1^o, primer inciso y 3^o LGDCU y art. 3.1 RD 515/ 1989.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que pretendía desarrollar lo dispuesto en el art. 51 CE, incluyó entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios recogidos en su art. 2, apartados b) y d), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la información correcta sobre los diferentes productos y servicios, la educación y divulgación, con la finalidad de facilitar el conocimiento sobre su adecuado consumo, uso o disfrute. Además, y dentro de su Capítulo III, destinó un precepto, el artículo 8, a la regulación de la publicidad, imponiendo en su párrafo primero, un deber de información veraz en la oferta, promoción y publicidad, atribuyéndole relevancia contractual al hacer su contenido exigible, aun cuando no figurara en el documento contractual, excepto si él se contuvieran cláusulas más beneficiosas (apartado 2^o) y calificando la publicidad engañosa como fraude en el tercero⁷.

En el apartado 1^o del citado precepto se imponía un deber de información veraz a la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios: "se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad" y, tras la modificación introducida por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta

7 Ya hace más de dos décadas tuve ocasión de reflexionar en torno al significado y alcance del art. 8^o apartado 3, en MONTES RODRÍGUEZ, M^o P.: "La publicidad engañosa en el art. 8^o 3 L.G.D.C.U.", en *AAVV Estudios en homenaje a Teresa Puente Muñoz*, coord. por L.Prats, S.P.U.V., Valencia, T. II, 1.996, p. 749 y ss. Allí ya señalaba al respecto: "el art 8^o 3 intenta proteger a todos los consumidores receptores de ofertas, promociones o publicidad engañosas, tanto a los que adquieren, disfrutan o utilizan el bien como destinatarios finales, como a aquellos otros meramente receptores del mensaje publicitario engañosos. La norma tampoco exige que se vean efectivamente perjudicados en sus legítimos intereses económicos. Parece pues que el precepto adopta un concepto de consumidor más amplio que el descrito por el art. 1 LGDCU., quizás porque la ratio de la norma se encuentra fundamentalmente en la protección de intereses difusos (los de todos los consumidores a no ser engañados por la publicidad)".

de bienes de consumo, deberían ser acordes con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica.

Este deber de información objetiva⁸ y veraz⁹ se concretaba inicialmente en las características objetivas del bien, en nuestro caso la vivienda, y de los elementos comunes o del entorno en que ésta se ofrecía (instalaciones deportivas, jardines, etc.) y, en menor medida, en las condiciones económicas de adquisición, su precio y los gastos de su financiación y documentación. Tal obligación informativa¹⁰ perseguiría, sin lugar a dudas, proteger¹¹ al adquirente de la vivienda que actúa fuera de un ámbito empresarial o profesional, facilitando, con anterioridad a la emisión de su libre¹² consentimiento contractual, un conocimiento cierto y amplio del objeto del contrato.

- 8 A favor, SILLERO CROVETTO, B.: "El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Técno, Madrid, 2006, p. 28, al comentar el inciso primero del art. 8 LGDCU, señaló que en él se establecía unos condicionamientos mínimos a los que se debían ajustar las promotoras o inmobiliarias la forma de promocionar y ofertar sus inmuebles, y se exigía que la descripción, tanto de la ubicación del inmueble como de sus características principales resultaran acordes con las cualidades reales. En contra de esta opinión se pronunciaron tanto PASQUAU LIAÑO, M.: "Comentario al art. 8 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992, p. 144: "el Derecho no puede imponer una exigencia de objetividad e imparcialidad en la publicidad, pero sí puede exigir la veracidad de la misma." como ORTI VALLEJO A.: "Comentario al art. 13.I LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992, p. 410, en donde entendió que a la información publicitaria no le era exigible el requisito de objetividad, y se le permitía a la publicidad que fuera interesada, sectaria subjetiva, lo cual no tendría nada que ver con la veracidad.
- 9 En este sentido me pronuncié en MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y su incidencia en la protección del consumidor", *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, coord. por M^a L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, M^a D. Mas Badía y M^a P. Montes Rodríguez, SPUV, Valencia, 2009, pp. 677 y 678 y, con anterioridad, en MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: *La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios*, tesis doctoral parcialmente inédita, Universitat de València, 1998, p.318 y 319. A favor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bercovitz y R. Bercovitz, Técno, Madrid, 1987, pp. 181 y 182: "La primera frase del art. 8 de la Ley establece que la oferta, promoción y publicidad "se ajustarán" a la "naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad" de los productos o servicios. Con lo que viene a imponer a los empresarios la obligación de informar a los consumidores sobre los datos esenciales que puedan determinar su voluntad en orden a la adquisición del producto o del servicio. La actividad de promoción debe tener un contenido mínimo forzoso: la información veraz al consumidor sobre las características esenciales (en orden a su valoración por los consumidores) del producto o del servicio". En contra, ALGABA ROS, S.: "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Técno, Madrid, 2006, pp. 56 y 57
- 10 GARCÍA VICENTE, J.R.: "La contratación con consumidores", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1473 y ss. entendió que el fundamento de la imposición de deberes de información a los consumidores estaría en diversas razones: en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo, donde se aprecia una fuerte tendencia a enunciar deberes precontractuales o controlar la publicidad o las ofertas vinculantes. En segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico y jurídico, así como de sus vicisitudes durante su ejecución o de los derechos o ventajas legales de que goza el consumidor. Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, que no se reduce a su utilidad o función.
- 11 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1994, p.15: "Los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial. Esto es especialmente importante en el campo de la protección del consumidor, en el que se considera que la información juega un papel esencial".
- 12 LLOBET AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 41, señala al respecto: "El que la obligación de información encuentre su razón de ser en la desigualdad de conocimientos entre los contratantes explica su principal función, precisamente la de *coadyuvar al restablecimiento de la igualdad entre las partes*, principio sobre el que reposa el dogma de la autonomía de la

Además, la imposición de un deber de información veraz¹³ en la publicidad se encuentra directamente ligada con la prohibición de la publicidad engañosa, no veraz, tanto por acción como por omisión. Por ello el art. 8.3^o LGDCU establecía que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios sería perseguida y sancionada como fraude, aunque tal afirmación plantea importantes dudas en cuanto a su significado y alcance, más allá de su consideración como infracción de consumo (art. 34.6 LGDCU¹⁴). Asimismo, la publicidad engañosa aparecía descrita en el art. 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), normativa que establecía mecanismos para lograr su cesación y rectificación. El citado precepto señalaba: "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. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios." Para determinar si una publicidad era engañosa, de acuerdo con el art. 5 LGP, se tendrían en cuenta todos sus elementos, las características de los bienes, el precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo y las condiciones jurídicas o económicas de adquisición. Ambos preceptos han sufrido cambios debidos al art. 2 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores. Estas nuevas normas pueden producir conseguir un resultado contrario al fin perseguido en su título, la mejora de la protección de los consumidores, al hacer desaparecer de la LGP la regulación de

voluntad. La información, en efecto, es la principal arma de que dispone el consumidor para hacer frente a las inevitables agresiones del comercio moderno pues de ella depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios y, por ende, el evitar en la medida de lo posible, los abusos a los que pueden conducir los contratos de adhesión".

- 13 Para CORRAL GARCÍA, E.: "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *Actualidad civil*, n^o 38, 16 a 22 octubre 2000, p. 1400, "si la publicidad trata de orientar y de inclinar nuestra voluntad en un sentido determinado, es inmediato que nuestra decisión –contratar o no contratar- debe ser protegida de tal manera que se tome consciente y libremente, para que sea un acto humano, ya que implica una elección. Por ello, el Derecho debe velar por un correcto funcionamiento del fenómeno publicitario desde un doble plano; por un lado, lo fabricantes y comerciantes tienen que promocionar sus productos dentro de una sana competencia, garantizando así la posibilidad de elección a los consumidores; y por otro, están obligados a cumplir las legítimas expectativas que los mensajes despierten en sus destinatarios, una vez que hayan obtenido el bien o utilizado el servicio anunciados, lo que supone la existencia de un principio de veracidad publicitaria (a nadie le gusta que nos engañen, dándonos gato por liebre)."
- 14 El art. 34 LGDCU consideraba infracciones en materia de defensa de los consumidores, no sólo el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios (apartado 6) como el incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que supusiera un incremento de los precios o márgenes comerciales. Tales infracciones podían ser calificadas de leves, graves o muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia. (art. 35 LGDCU). Tales infracciones, de acuerdo con el art. 36 del mismo texto legal, eran sancionadas con multas, aunque a partir de 2006 (Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) se introdujo un apartado 4 a este precepto en el que se señalaba que en el procedimiento sancionador podría exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios probados causados al consumidor. Sobre la cuestión, vide MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "La publicidad engañosa...", cit, pp. 749 y ss.

la publicidad engañosa, que pasó a estar incluida, tan sólo como un acto de engaño desleal, en los nuevos arts. 5 y 7 de la Ley de competencia desleal, modificados así mismo por el art. I de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

Por otro lado, el art. 13 LGDCU, en su apartado 1º exigía que los bienes puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberían incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información (gratuita, decía su apartado 3º) veraz, eficaz o suficiente sobre sus características esenciales, y sobre las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuestos, en su caso. Además el apartado 2º del mismo precepto imponía en su último inciso, para los casos de viviendas cuya primera transmisión se efectuara después de la entrada en vigor de la Ley, la entrega al comprador de una documentación completa suscrita por el vendedor en la que se definiera, 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 tuviera acceso directo¹⁵.

Con posterioridad a la LGDCU se dictó el Real Decreto Ley 515/1989, de 21 de abril¹⁶, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, dirigido a aplicarse, según su art. I, a la oferta, promoción y publicidad que se realizaran para la venta o arrendamiento de viviendas efectuadas en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos fueran dirigidos a consumidores.

El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que continua plenamente vigente, pretendía inicialmente desarrollar lo dispuesto tanto en el art. 8.1º LGDCU como en el art. 4 LGP. De hecho, en su art. 3.1 se señaló que “la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma”.

15 Debemos recordar que este último inciso del art. 13.2, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 15/1989, de 26 de enero, no es de aplicación directa a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido constitucionalmente competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía

16 Se trata de una norma realmente importante en la protección del comprador consumidor que, sin embargo, tan sólo ha resultado de aplicación supletoria, respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hubieran asumido competencia (la inmensa mayoría) en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, (a excepción de los arts. 3.2 y 10, con vigencia en todo el Estado, por aplicación de la regla 8ª del art. 149.1 CE) sería supletoria respecto de las Comunidades autónomas que estatutariamente hayan asumido competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios. Creo que esta aplicación supletoria será directa en los casos en que, aunque se haya legislado sobre protección del consumidor o sobre vivienda, no se imponga en ella al empresario oferente de viviendas un concreto deber de información sobre las características y condiciones jurídicas y económicas de la misma.

Además, en él se incluyeron específicos deberes informativos. En efecto, su art. 4 impone que quienes lleven a cabo las actividades de oferta, promoción y publicidad para la venta de viviendas, tengan a disposición del público¹⁷ una serie de datos informativos, una parte de los cuales deberán figurar, según su art. 8, en los folletos o documentos que se entreguen (apartados 1, 3, 4, 6 y 7: información relativa a la empresa, descripción de la vivienda, superficie, del edificio y de las zonas comunes, con referencia a los materiales empleados en todos ellos, datos de identificación del inmueble, precio total de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago) así como los incluidos en el art 6 (que impone una información especialmente detallada y clara sobre el precio¹⁸ de venta, exigiendo la puesta a disposición del público de la cifra de su importe, debidamente desglosado, así como todos los demás gastos, la forma y medios de pago y las garantías establecidas para asegurar el mismo). Además, en los supuestos de promoción de venta de viviendas, se deberán añadir las informaciones contempladas en su art. 5¹⁹. Por último, su art. 9 señala que todo

-
- 17 La doctrina criticó por débil el que la obligación de información se limitara a la puesta a disposición del público y de las autoridades, sin imponer una obligación activa de entrega de dicha información al consumidor que quisiera adquirir la vivienda. Así CABANILLAS MÚGICA, S.: "La protección de los consumidores en al compraventa y arrendamiento de viviendas: El Real Decreto 515/1.989, de 21 de abril", *Derecho Privado y Constitución*, n^o 6, mayo- agosto 1.995, p. 57; y MARTÍN OSANTE, J. M.: "La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del Texto Refundido 1/2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, Thomson –Reuters, n^o 24, 2010, p. 97.
- 18 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales.*, 1^a ed. 1994, MSC, Madrid, p. 105 señaló al comentar este precepto que "la razón que explica que la información tenga que ser especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta, radica en que el legislador es consciente de que la obligación básica que recae sobre el comprador consiste en abonar al vendedor el precio, y por ello le interesa que el vendedor tenga a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que informe sobre todas las circunstancias relativas al precio de la vivienda." En el mismo sentido LASARTE ÁLVAREZ, C. *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, 3^a ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 176, y MARTÍN OSANTE, J.M.: "La defensa ..." cit, p. 104
- 19 El art. 5.1 RD 515/1989 señala: "1. Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además:
1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
 2. Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la comunidad.
Si la Comunidad de Propietarios ya está funcionando se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta.
 3. Información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda.
 4. Forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente:
 - a) Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.
 - b) Los artículos 1.280, 1.º y 1.279 del Código Civil.
 - c) El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer Notario que, por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.
 5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.
 6. Cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del Arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor."

adquirente consumidor tiene derecho a recibir a la firma del contrato, y a costa del vendedor, copia de los documentos²⁰ a que se refieren los preceptos del mismo.

En la jurisprudencia había estado presente este deber de información del promotor, pero sin mención expresa del art. 8 LGDCU, en la STS de 4 de diciembre de 1998²¹ en la que se resolvió el conflicto planteado por varias Comunidades de Propietarios contra la Promotora de las viviendas por el incumplimiento de lo ofrecido, especialmente por el cambio de los radiadores de hierro fundido por otros de chapa. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia revocó en parte la sentencia de instancia y, recurrida en casación por la promotora, el TS declaró no haber lugar al recurso argumentando en su F. D. 4º y en relación con el cambio de los radiadores, que "se lleva a cabo aportación de infracción del artículo 10.2, párrafo segundo de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 julio 1984 (RCL 1984\1906y ApNDL 2943) y artículo 1988 del Código Civil (motivo cuatro), para atacar la decisión de la sentencia recurrida en cuanto a la modificación operada en los radiadores de los inmuebles, al atender y dar preferencia a las previsiones constructivas de la Memoria del Proyecto Básico y de Ejecución (visado el 23 de noviembre de 1987), en el que aparece que dichos elementos serían de hierro fundido de la firma «Roca» o similar y no de chapa de acero que fueron efectivamente los instalados y resultan de inferior calidad -hecho suficientemente probado-, y a los que se hacía referencia en las mediciones y presupuestos, argumentando que esta documentación técnica opera a modo de cláusula particular que deben prevalecer sobre las condiciones generales contenidas en la Memoria del Proyecto, lo que no cabe admitir por no ser aplicable al supuesto de autos. La sentencia recurrida, al establecer la preferencia que se deja dicha no incurrió en las infracciones normativas que se denuncian y tuvo en cuenta y aplicó correctamente en base al principio «iura novit curia», pues los diversos compradores no fueron informados debidamente del cambio operado en los radiadores, y con ello no prestaron consentimiento colectivo, al no haberse practicado prueba convincente al respecto. Por contrario, hay que tener en cuenta que los documentos técnicos de referencia son de redacción de la recurrente y si bien los mismos resultan contradictorios y originan intensa duda interpretativa, conforme al artículo 1288, la interpretación juzgadora no debe favorecer a quien instauró y ha sido causante único de la oscuridad (SS. 30 junio 1972 [análoga aR] 1990\973] y 7 abril 1992 [R] 1992\3031]). El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo

20 Como señala acertadamente GARCÍA VICENTE, J. R.: "La contratación .", cit., p. 1481, los deberes de información típicamente emplean como cauce de satisfacción la forma escrita o documental, hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que asistimos a un "retorno del formalismo", aunque sea con finalidad tuitiva, y así, se ha denominado este nuevo formalismo *luciditatem*. Con la forma escrita se satisfacen al menos estas dos finalidades: en primer término, permitir al consumidor el conocimiento de la información. En segundo término, establecer un medio fácilmente constatable de que las obligaciones se han cumplido, en ventaja para el empresario o profesional sobre el que pesa la carga de probar.

21 STS 4 diciembre 1998 (RAJ 1998, 8788).

ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir con el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto 21 abril 1989 (RCL 1989\1091), 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)". En la citada Resolución se mencionó expresamente el deber informativo contemplado en el RD 515/1989 sobre las características de la vivienda sus elementos y materiales (radiadores de hierro) que integrarían la oferta contractual que debía ser estrictamente cumplida.

Pero la primera sentencia que se ocupó en profundidad del deber de información en la publicidad, tanto respecto del art. 8 como del 13 LGDCU, fue la STS de 18 de marzo de 2002²², en la que el presidente de la Comunidad de Propietarios Alboaire II Conjunto Alazor demandó a la mercantil Vallehermoso S.A., reclamando la entrega de los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución así como la Memoria de Calidades de la edificación, de la que la sociedad mercantil fue promotora y constructora. El Juzgado de primera instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en apelación por la Audiencia. La promotora interpuso recurso de casación invocando la vulneración del art. 13 LGDCU en relación con el art. 4 RD 515/1989, por entender que en tales preceptos no se imponía una obligación de entrega de tales documentos a los adquirentes, argumento rechazado por el Alto Tribunal, que declaró no haber lugar al recurso al reconocer expresamente la existencia de un específico deber de información del promotor constructor: "el artículo 8 de la LGDCU establece que la oferta publicitaria en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantías ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo; a su vez, el artículo 13.2 de este ordenamiento se refiere expresamente a las viviendas que se transmiten e impone el deber de la entrega de la documentación completa suscrita por el vendedor (el promotor, en su caso), definidora, en planta a escala, del piso enajenado y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en la construcción, con especial referencia de aquéllos a que el usuario no tenga acceso directo; y el Decreto de 21 de abril de 1989, se refiere a las informaciones a suministrar respecto a la oferta, promoción y publicidad que se realizase para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional, con exclusión de las efectuadas mediante subasta pública, judicial o administrativa; de todo cuyo conjunto normativo resulta la obligación de entregar la documentación solicitada por la actora" (F.D. 3^o).

22 STS 18 marzo 2002 (RAJ 2002, 2848)

2. La integración de la publicidad en el contenido contractual: el art. 8. 1º, segundo inciso y 2º LGDCU y el art. 3.2 R.D. 515/1989.

El art. 8 1º, segundo inciso LGDCU reconoció el valor contractual de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios “Su contenido, las prestaciones propias del producto o del servicio y las condiciones 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”.

Sin duda se trataba de un precepto novedoso y muy importante²³ para la protección del consumidor. Recogía el testigo marcado por la jurisprudencia, pero introducía significativas diferencias, sobre todo en su apartado 2º, directamente vinculadas con el cumplimiento o no del mandato incluido en su apartado 1º. Como ya hemos dicho respecto del art. 8 1º, primer inciso LGDCU, para que la oferta, promoción y publicidad fuera vinculante contractualmente en un contrato de compraventa de vivienda, era necesario que reuniera un contenido informativo,²⁴ describiera a través de palabras o imágenes el objeto del contrato, el inmueble y sus características, calidades y elementos privativos y comunes así como las condiciones económicas como el precio²⁵, o los gastos del contrato. Habría complementariedad entre lo anunciado y lo pactado cuando los datos objetivos incluidos en la declaración publicitaria, completaran lo dispuesto en el documento contractual, bien porque en éste nada se dijera sobre lo descrito en la publicidad o en la promoción, o porque

23 En idéntico sentido SILLERO CROVETTO, B.: “El derecho a la información ...”, cit., p. 29: “Resulta indudable que el art. 8 da un paso adelante en la protección del consumidor al referirse a que los extremos contenidos en la publicidad, promoción y oferta pública se incorporarán al contrato de forma especialmente favorable para éste, lo que obliga a interpretar que en el caso que se llegara a demostrar la existencia notoria de contradicciones entre las cláusulas de un contrato suscrito para adquirir una vivienda y la oferta, promoción y publicidad realizada de modo genérico sobre la misma, resultando las condiciones particulares menos favorables para el consumidor, prevalecerá el contenido de la publicidad, la promoción o la oferta sobre el del contrato. Por el contrario, si el contenido de éste es más favorable que las cláusulas ofertadas al público en general, regirá el criterio establecido en éste último.” Menos entusiasta se muestra REYES LÓPEZ, Mª J.: *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia.*, 1ª ed., Ed. RGD, Valencia, 1993, p. 71: “La promulgación del artículo 8 no viene a introducir grandes innovaciones respecto a la protección dispensada al adquirente de una vivienda con anterioridad a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Tampoco se puede considerar un precepto excesivamente novedoso debido a que su aplicación no implica una alteración sustancial respecto a la integración del contenido de la publicidad en aplicación de los preceptos del Código civil”

24 En este sentido GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación...”, cit., pág. 1487: la publicidad susceptible de incorporarse al contrato debe tener genuino “contenido informativo” que es la única que puede generar expectativas concretas en el consumidor. No lo serán aquellas declaraciones publicitarias de contenido puramente laudatorio o sugestivo.

25 Vide sobre la cuestión MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “Tema 5. El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor”, *AAVV La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por F. Lledó Yagüe, 1ª ed., Dykinson, 2013, pp. 183 y ss. Algunos años antes BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Técnos, 1987, p. 256, señalaba al respecto que “aunque el art. 8 no estaba pensado, básicamente al menos, para el precio de los bienes y servicios, en él se habla también de las condiciones en que los bienes son ofrecidos. Pues bien, entre las condiciones, qué duda cabe que se encuentra el precio. Luego yo creo que, si en la publicidad, promoción y oferta se anuncian unas condiciones de precio ventajosas para el consumidor, eso también vincula como contenido del contrato, de acuerdo con lo que anteriormente hemos dicho sobre ese artículo 8º de la Ley”.

fueran coincidentes dado que en él se reprodujera lo allí afirmado. Por ello, tal y como señalaba el precepto (y como veremos continúa haciendo el actual art. 61 TRLGDCU), su contenido era exigible aun cuando no figurara en el contrato celebrado -léase «documento contractual»- o en el documento o comprobante recibido.

Tras la entrada en vigor de la LGDCU, y debido al desarrollo urbanístico de nuestras ciudades, se produjo un aumento de las reclamaciones de consumidores que habían visto incumplidas las características descritas en las memorias de calidades incluidas en los folletos publicitarios, sobre todo cuando la compraventa se realizó sobre plano, sin que el futuro adquirente pudiera comprobar directamente las características del inmueble y las instalaciones adyacentes, que cada vez adquirían mayor importancia económica y jurídica.

Todo ello justificó que el Real Decreto 515/1989 incluyera en su art. 3.2²⁶ una norma semejante al art. 8 1^o segundo inciso LGDCU, pero específicamente dirigida a la construcción y venta de viviendas, y en la que no se incluyó la regla de la cláusula más beneficiosa. En el citado precepto se afirmó que “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”.

Varias son las diferencias entre el art. 8.1^o, segundo inciso LGDCU y el art. 3.2. del RD. 515/1.989. En primer lugar el art. 3.2 tiene un ámbito objetivo mucho menor que el art. 8^o 1, no sólo porque se aplica sólo a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional (art. 1 RD 515/1.989)²⁷, sino porque además concreta aquellos datos y condiciones de la declaración publicitaria o promocional que se incorporan al contenido contractual, y entre ellos se incluye la adquisición y pago, importantes en relación con el precio. La segunda diferencia, más importante, es que no incluye la regla de la cláusula más beneficiosa derivada del acuerdo de voluntades. Ello implica que, en el supuesto de divergencia entre el contenido de la oferta publicitaria y el del documento contractual, sí se aplicarían las reglas generales, esto es, éste último constituirá la nueva oferta. Por tanto, la oferta publicitaria ya no podría ser aceptada ni exigida por los consumidores y usuarios. La divergencia entre la norma a desarrollar y la desarrollada hace nacer las dudas acerca de la legalidad del mencionado RD en relación con su art. 3.2. En relación con ello, la doctrina ha señalado dos límites a la utilización en el Derecho civil de las normas reglamentarias.

26 De acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 2^a del RD 515/1989, su art. 3.2 tiene vigencia en todo el Estado, en virtud de lo dispuesto en la regla 8^a, del artículo 149.1 de la Constitución Española.

27 En este sentido, CABALLERO LOZANO, J.M.: “Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia”, A.C., 1996-I, p. 298, nota 11.

En primer lugar se ha exigido la existencia de una reserva de Ley respecto de la regulación de relaciones entre particulares, propias del Derecho civil.²⁸ El art. 1.255 CC establece entre las limitaciones a la autonomía de la voluntad, la Ley, expresión que debe entenderse en sentido de Ley formal²⁹.

El segundo límite a la eficacia civil de una norma reglamentaria lo plantearía la necesidad de habilitación de la Administración por el poder legislativo. El legislador ha de autorizar al poder ejecutivo para que dicte una norma reglamentaria que desarrolle un determinado precepto civil. Aplicadas estas reglas a la divergencia existente entre el art. 8 2º LGDCU, y el art. 3.2 del RD 515/1.989, resulta que ambos preceptos versan sobre cuestiones civiles, establecen reglas de integración del contenido contractual³⁰. Además, el precepto objeto de nuestro estudio no contiene ninguna referencia a un posible desarrollo reglamentario. Esta ausencia de autorización legal no quedaría subsanada por lo dispuesto en el art. 8 LGP de 1.988, ya que no existe identidad, ni siquiera similitud, entre los mandatos de ambos preceptos.³¹ Por último una razón de fondo, el art. 3.2 RD 515/1.989, sólo reproduce en parte el precepto a desarrollar, al omitir toda referencia a la aplicación de la regla de la cláusula más favorable. Con ello, la norma de desarrollo del art. 8º 1, cambia, en el ámbito de la compraventa y arrendamiento de viviendas, el sentido del precepto, que supondría que contradicción entre la oferta publicitaria y el contenido contractual se resolvería a favor de este último, que constituiría la verdadera oferta, fuera o no más favorable para el consumidor o usuario.

Cabe concluir, por tanto, que una norma de desarrollo no puede alterar la regla general que establece el precepto que la genera y además en perjuicio de los consumidores. Todas estas razones llevarían a dudar a cerca de la legalidad³² del art. 3.2 del RD 515/1.989, de 21 de abril, a pesar de su actual vigencia y de haber sido utilizado por la jurisprudencia, aunque como argumento de apoyo³³.

28 En la doctrina civilista se ha pronunciado en este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit., pp. 48 y ss. Entre la doctrina administrativista, GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1.993, p. 240.

29 Es de esta opinión CUÑAT EDO, V.: "Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada", *Las Fuentes efectivas el Derecho español tras la Constitución de 1978*, 1992, UNED, Alcira, p. 311

30 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit., p. 50, no parece ser de la misma opinión, cuando distingue dos grupos de preceptos dentro del R. D: de un lado los que regulan la información, documentación y la publicidad, y de otro la materia contractual.

31 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit. p. 50., considera que "el art. 8 L.G.P. satisface -al menos, si no se adopta una postura demasiado exigente- los requisitos de concreción y delimitación en la habilitación reglamentaria". El art. 8 L.G.P. en su primer apartado señalaba: "La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico sanitarias. así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar; podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran".

32 MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "Tema 5. El precio de...", cit. pp. 208 y 209.

33 A pesar de ello, la jurisprudencia ha utilizado este precepto, en sus resoluciones, aunque nunca como apoyo legal único para fundar la *ratio decidendi*. Así la ya citada STS de 8 de noviembre de 1.996. También en las Audiencias hemos visto su invocación. La primera Sentencia que lo invoca, es la SAP de Cantabria de 14 de marzo de 1.996

El desarrollo urbanístico de finales del siglo XX y las nuevas técnicas tecnológicas audiovisuales fomentaron el incremento en la utilización de la publicidad en la compraventa de inmuebles, con fotografías en folletos con datos objetivos esenciales para la decisión del adquirente, que en muchas ocasiones veía defraudadas sus expectativas con frustración de sus intereses económicos (importantes en el caso de la adquisición de un bien de este tipo). Ello provocó el incremento de litigios y que la mayor parte de los casos resueltos por la jurisprudencia, en que se aplicó el art. 8^o I, segundo inciso LGDCU, tuvieran por objeto una vivienda en construcción, bien en régimen de propiedad horizontal o vertical (las urbanizaciones) pero el contenido de los folletos publicitarios integrados en el contrato consistía en la descripción de calidades (instalación de calefacción) o instalaciones comunes como piscinas, o pistas de tenis. En ellas los adquirentes o bien pedían el cumplimiento in natura o por equivalente (a veces confundido con la indemnización) de lo anunciado y en otras la resolución del contrato ex art. 1124 CC. En algunos casos las demandas eran individuales y en otras colectivas, planteadas por las Comunidades de Propietarios.

La primera de las SSTs que mencionó, *obiter dicta*, el art. 8 LGDCU fue la de 7 de noviembre de 1988³⁴, pero curiosamente no lo aplicó. El conflicto se planteó por la constructora frente a los compradores solicitando el pago de las cantidades debidas y, en otro caso, la resolución del contrato. La sentencia de instancia estimó la demanda, concediendo un plazo de 3 meses para pagar. Recurrida en apelación, se declaró resuelto el contrato de compraventa y, recurrida en casación, el T.S. lo desestimó por entender en su F.D. 2^o que “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 art. 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...”.

De nuevo invoca el precepto aquí analizado la STS de 21 de julio de 1993³⁵ aunque tan sólo para, desestimando el recurso de casación, reiterar el acierto de la

(RGD I.993, pp. 10.840 y ss) en la que, sin embargo, no se hace referencia al art. 8^o LGDCU. En otras ocasiones, el art. 3.2 del R.D. 21 de abril de 1.989 se ha utilizado a mayor abundamiento por los tribunales para justificar el valor contractual de la declaración publicitaria, y su exigibilidad por los consumidores y usuarios. Así ocurrió en la SAP de Sevilla de 19 de septiembre de 1.992 y en la SAP de Toledo 3 de octubre de 1.994 (A.C., 95-I, pp. 669 y ss). La Audiencia Provincial de Toledo, tras afirmar la vinculatoriedad contractual de las afirmaciones publicitarias ex art. 8 LGDCU y el art. 3.2 del RD 515/1.989, de 21 de abril, consideró que “la inmobiliaria demandada, en cuanto entregó a la compradora una vivienda que no se ajustaba a la memoria de calidades ofertada y no alcanzaba las dimensiones prometidas en la publicidad (ni tampoco, dicho sea de paso, a las pactadas en el propio documento privado de compraventa), incumplió el contrato y es responsable de ese incumplimiento.”

34 STS 7 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8419).

35 STS 21 julio 1993 (RAJ 1993, 6176).

sentencia de instancia, que había condenado a la constructora a colocar los armarios empotrados ofrecidos en la publicidad, por entender en su F.D. 1º que “esta *falta de acabado* en relación con la propaganda realizada para la venta de los pisos “no cabe conceptuarla como vicio ruinógeno del que se debe responder por la vía del art. 1591, sino que constituye un mero supuesto de incumplimiento parcial de la obligación de entregar la cosa en las condiciones debidas que asumió, como promotora del inmueble la señora A. M. en méritos a los contratos de compraventa celebrados con los copropietarios accionantes, siendo obligación exclusiva 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 arts. 1091, 1096, 1101, 1256 y 1258 del Código Civil y art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”.

La primera sentencia que aplicó realmente el art. 8.1º, segundo inciso LGDCU, el art. 3.2 RD 515/1989 y recogió la evolución jurisprudencial sobre el valor contractual de la publicidad fue la STS de 8 de noviembre de 1996³⁶. Además fue la primera resolución que acogió expresamente la legitimación³⁷ del Presidente de la Comunidad de Propietarios para reclamar el cumplimiento de los elementos comunes ofertados en la promoción publicitaria. En efecto la demanda se planteó por el Presidente de la Comunidad de propietarios de la primera fase del Complejo Residencial D. Alfonso de Ceuta y por el propietario de uno de los pisos de la segunda fase, reclamando de la vendedora agroindustrial Hércules S.A., la entrega del terreno residual de las fincas 21.770 y 4.978 -calificado como zona verde, según reconoció la demandada- sobre las que se construyeron los bloques en forma de «ele», así como su cerramiento, dotándolos de jardinería, columpios y si posible fuere, por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno, de piscina y pista de tenis, tal como figuraba en la publicidad gráfica entregada a los compradores. La sentencia de instancia estimó la demanda, citando expresamente el art. 8 LGDCU y el art. 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril. Interpuesto recurso de apelación por la vendedora, la Audiencia revocó la sentencia de instancia por entender que los folletos no contenían mención alguna a lo que se reclamaba ni podían ser causa determinante de los contratos. Interpuesto recurso de casación por los actores, el TS lo estimó, tras invocar expresamente la resoluciones jurisprudenciales que habían marcado este camino, por entender que “bien por la vinculación a la oferta,

36 STS 8 de noviembre 1996 (RAJ 1996 8.260). Además, se pronunció en este sentido la SAP de Madrid de 27 de marzo de 1990 (RGD 1990, pp. 5804 y ss), en la que también se resolvía un problema relativo al folleto publicitario que anunciaba la construcción de una urbanización con viviendas e instalaciones comunes.

37 El F.D. 1º de esta sentencia afirma, frente a la excepción de falta de personalidad en los tres presidentes de las Comunidades de propietarios demandantes, alegada por la promotora recurrente: “El artículo 12 en relación al 13 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042y NDL 24990) autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual (SS. 22 febrero y 12 abril 1993 [R] 1993\2997], 20 y 31 diciembre 1996 [R] 1996\9277yR] 1996\9484]). La excepción sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía (Sentencias de 30 octubre 1978 [R] 1978\3288] y 9 abril 1996 [R] 1996\2911]), que no es el caso de autos”.

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 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 61/1964, de 11 junio), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los arts. 57 del CCom, el principio de la buena fe y el art. 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 art. 8 de la Ley de Consumidores." (F.D. 3^o). En ella, la conclusión a la que llegó el Alto Tribunal fue que lo anunciado, al formar parte de la oferta del contrato, había sido aceptado por los adquirentes y, por ello, la promotora estaba obligada a entregar el terreno aunque, desafortunadamente, no a acondicionarlo en los términos anunciados en el folleto³⁸.

También se pronunció sobre el valor contractual de la publicidad, aplicando el art. 8.1^o segundo inciso LGDCU³⁹, la STS de 30 de junio de 1997⁴⁰, en la que el conflicto surgió porque en el edificio no se incluyó la calefacción central anunciada en la publicidad. La Sentencia de apelación condenó a la entidad mercantil «Ibérica Osuna, SA», a que indemnizara a los recurrentes, en la cantidad que resultase, de la diferencia de valor de mercado de las viviendas de sus respectivas propiedades sita

38 "No existen las infracciones que denuncia la Audiencia y han de entregarse, pues, la zona verde con el cerramiento en sus linderos oeste y sur (3.873,38 metros cuadrados), quedando para ejecución de sentencia, cual también decide el Juzgado, la determinación de la prestación sustitutoria, de no poderse llevar a cabo la prestación específica, pues 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, siquiera las reglas de la sana crítica y máximas de experiencia obliguen a excluir de la zona verde a entregar su conversión en jardines, arbolado y columpios, piscina y pista de tenis, equipamientos que en parte se piden de modo condicional («si posible fuera por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno»), exclusión lógica, dado que los demandantes tampoco reclamaron el mobiliario «dibujado» sobre el plano del piso piloto contenido en los folletos. Concretando: lo único que se suprime del fallo dictado por el Juzgado, implicando con ello simple acogimiento parcial de la demanda, es el apartado que se refiere «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 el relativo a imposición de costas" (F.D. 3^o).

39 También había reconocido este valor contractual, pero sin alegar el art. 8 LGDCU, la STS de 27 de mayo 1996 (RAJ 1996, 3920), en la que la Comunidad de propietarios reclamaba a la promotora también por la no instalación de los radiadores de hierro fundido anunciados así como por la falta de construcción de un almacén de cenizas. La Sentencia de primera instancia condenó a la promotora constructora a indemnizar a abonar el importe de los defectos y daños y perjuicios, pero no respecto de la diferencia de calidad de los radiadores. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. La demandante recurre en Casación y el TS lo estima por entender que "si en el proyecto de la obra, con base en el cual los integrantes de la Comunidad de Propietarios demandante fueron adquiriendo los respectivos pisos y demás elementos del edificio, estaba expresamente previsto y programado que los radiadores de la calefacción habían de ser de hierro fundido y luego se instalaron de un material de inferior calidad (concretamente, de chapa de acero), es evidente que se incurrió en un incumplimiento del contrato de obra y de los subsiguientes contratos de compraventa (con los que aquél está íntimamente conexionado) de los pisos y demás elementos del edificio, al entregarse una cosa distinta de la pactada («kaliud pro alio»), de cuyo incumplimiento contractual solamente ha de responder la entidad promotora-constructora y luego vendedora de los diversos pisos y elementos del edificio".

40 STS 30 junio 1997 (RAJ 1997, 5406).

en la Urbanización Las Perlas de esta Ciudad, en su estado actual, y las mismas, en el caso de que tuviera instalada calefacción central, así como, la cantidad resultante, de restar el valor actual de sus plazas de aparcamientos, del de otras en la misma situación, pero de 24,47 metros útiles, lo que se determinara en ejecución de sentencia, y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación planteado contra ella, entre otras razones, por entender en su F.D^a. 4^o que la sentencia recurrida examinaba “si ha existido por la parte demandada el incumplimiento que se le imputa en la demanda y para ello considera que lo que se dice incumplido formó parte de las escrituras de venta y debe recordarse (artículo 1445 del Código Civil), que mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada, añadiendo el artículo 1469 del Código Civil, que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato; y el artículo 1091, que los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos. Igualmente, ha quedado acreditado, en lo que hace a la calefacción central reclamada, que parte de la propaganda emitida por la entidad demandada, hacía referencia a la misma, al describir las calidades de las viviendas puestas a la venta, y según el artículo 8 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios “la oferta, promoción y publicidad de los productos, se ajustarán a su naturaleza, características y condiciones, utilidad y finalidad, sin perjuicio de lo establecido sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones 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”. Por último, e igualmente sobre la calefacción central, aparece acreditado, que este servicio fue incorporado a la escritura de obra nueva y su constitución en régimen de propiedad y división horizontal, tuvo acceso al Registro de la Propiedad, con fecha 4 de agosto de 1981, de lo que debe obtenerse una doble consecuencia: primera, que la demandada carecía de la capacidad necesaria para hacer alteraciones en dicho título (artículo 5 en relación con el artículo 61 de la Ley de Propiedad Horizontal y segunda, que su incorporación al Registro de la Propiedad, hace nacer una presunción de veracidad. De lo expuesto, resulta patente -concluye la instancia- que la demandada, debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo, debe ser estimado como un claro incumplimiento de lo pactado, que obliga a acoger la acción ejercitada por la demanda, sin que a ello pueda serle opuesto, la capacidad que a dicha parte otorgaba la cláusula quinta del contrato preparatorio de compra, por la que se reservaba el derecho a introducir variaciones en dicha ejecución, ya que dicha estipulación no otorgaba la capacidad de cumplir el contrato a su conveniencia, lo que viene prohibido por el artículo 1256 del Código Civil, sino que solamente autorizaba a “aquellas variaciones secundarias y normales”, a lo que no responden las aquí realizadas, sin olvidar, por otra parte, que dichas modificaciones debieron llevarse al contrato definitivo de compraventa”.

Además, en esta sentencia se admite expresamente la legitimación de los terceros adquirentes frente a la promotora para solicitar el cumplimiento de lo anunciado⁴¹.

Otra resolución relevante en cuanto al reconocimiento, no sólo de un deber informativo objetivo y veraz en la publicidad sino de su relevancia contractual *ex fide bona*, fue la STS 23 de mayo de 2003.⁴² En ella se resolvió el litigio planteado por la Comunidad de Propietarios Coblanca-30, Fase I^a, subfase D-Viviendas. Los folletos de publicidad ofertaron una urbanización –que sería la Comunidad de propietarios demandante– con tres pistas de tenis; Éstas también se incluían en la memoria del proyecto de ejecución realizado por el arquitecto y finalmente, a este proyecto se remitieron los contratos privados de compraventa. Cuando la promotora otorgó la escritura de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal no incluyó la tercera cancha de tenis, la mantuvo aparte y la vendió a “Acscs, S.A.”, que carecía de la condición de tercero de buena fe, dada la relación existente entre su administrador único y los propietarios de los terrenos donde se construyó la urbanización. La acción ejercitada por la Comunidad contenía la pretensión esencial de que se declarara elemento común de la misma la referida tercera cancha de tenis y las pretensiones derivadas, relativas a las escrituras y a las inscripciones registrales. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda, pero interpuesto recurso de apelación fue estimado. La promotora recurre en casación y el TS declara no haber lugar al recurso por entender, frente a la alegación de infracción del art. 8.1^o y 2^o LGDCU, que “es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad, no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad deben ser objetivos e imparciales, como si respondieran a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular; en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código civil y ha desarrollado profusamente la jurisprudencia, que impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, con un criterio lógico, de la buena fe: “sus derivaciones naturales”, dice la sentencia de 26 de octubre de 1995, “cumplida efectividad” dice la de 17 de febrero de 1996. Aquella norma moderna, de la Ley de consumidores y usuarios, establece la integración del contrato basado en ambos principios aludidos, de lo que son precedentes las sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero

41 Frente a la tesis del recurrente que entendía infringido el art. 1257 CC, el Fundamento séptimo de la Sentencia señaló que “los señores P. J. y G. M., al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. «No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del Código Civil, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto “inter vivos” (Sentencias de 5 octubre 1975, 3 octubre 1979 [RJ 1979\3236] y 20 febrero 1981 [RJ 1981\1007]) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 1981 [RJ 1981\4412])”.

42 STS 23 mayo 2003 (RAJ 2003, 5215).

de 1977; el contrato queda complementado –integrado– con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad. Por ello, cuando la sentencia de la Audiencia Provincial destaca los elementos positivos – publicidad, proyecto y contratos privados– y los negativos –ocultación del carácter privativo que se le dio a la tercera cancha de tenis, ocultación que califica de “dolosa”– integra correctamente la contratación, en la que incluye la mencionada cancha, que, por tanto, forma parte de la compraventa y, por ende, 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” (F.D. 2°).

Por último, cabe citar la STS de 29 de septiembre de 2004⁴³ en la que, de nuevo, una Comunidad de Propietarios demandó a la constructora- promotora la indemnización de los daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual y derivados del uso de publicidad inveraz y engañosa. El Juzgado de primera instancia admitió tal pretensión que fue confirmada por la Audiencia en apelación. Recurrida en casación por la constructora-promotora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, entre otras razones por entender obligatorio lo ofertado publicitariamente. En efecto, el Alto Tribunal, en su F.D. 2° y después de citar las Sentencias ya analizadas con anterioridad, señaló que “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” (F.D. 2°).

Como hemos podido comprobar en las resoluciones analizadas fue frecuente el planteamiento de demandas colectivas por las Comunidades del Propietarios pidiendo la entrega de elementos comunes anunciados en la publicidad (así las citadas SSTs 27 de mayo de 1996, 4 de diciembre 1998, 18 de marzo 2002, 23 de mayo 2003 y 29 de septiembre de 2004) y en otras ocasiones eran uno o varios adquirentes los que reclamaban de manera simultánea (STS 30 junio 1997). En su gran mayoría, las acciones ejercitadas iban dirigidas al cumplimiento de lo ofertado, bien *in natura*, o por equivalente, así como a la reparación de los daños causados.

Frente a la integración de la oferta publicitaria en el contrato, que se articulaba como regla general en el apartado 1°, segundo inciso, el art. 8 2° establecía una excepción: la prevalencia de cláusula más beneficiosa derivada del acuerdo. En efecto, el mencionado precepto señalaba: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

43 STS 29 septiembre 2004 (RAJ 2004, 5688).

En este segundo apartado del art. 8 LGDCU, el legislador introdujo una solución bien distinta que pretendía ser protectora para el consumidor o usuario adquirente: Ante la existencia de divergencias entre el contenido de la oferta emitida al margen del documento contractual, y el de éste último, la consecuencia jurídica sería la prevalencia de la cláusula más beneficiosa para el consumidor o usuario.

La regla de la cláusula más beneficiosa no era nueva en nuestro Ordenamiento jurídico. Había sido utilizada en distintas ramas del Derecho privado, en el Derecho del Trabajo. - art. 3. 1 c) ET-, en el Derecho mercantil, -art. 2 LCS-, y Derecho civil -art. 6 de la LAU. La incorporación de la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa conjugaba la aplicación del principio de protección de los consumidores, con la libertad de los contratantes para celebrar los pactos que se tengan por conveniente, esto es, con el principio de autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1.255 CC. El consumidor podría decidir libremente aceptar cláusulas distintas a las anunciadas. Y lo cierto es que, aunque por lo general, la publicidad y la promoción suelen describir el bien o servicio anunciado con todo lujo de detalles y destacando sus características más llamativas, con, al menos en apariencia, mejores condiciones jurídicas o económicas, resulta posible que el consumidor o usuario, al negociar directamente con el empresario pueda obtener un mejor trato (un descuento por pago al contado, o la colocación de calidades mejores)⁴⁴.

El supuesto de hecho del que partía el art. 8 2^o párrafo (y como veremos del actual art. 61.3, TRLGDCU para cuya interpretación valen estos argumentos) era la discrepancia entre lo anunciado, entre el contenido de la publicidad y la promoción y el contenido del documento contractual. En primer lugar, resultaba preciso dilucidar cuál era el elemento material sobre el que había de recaer la calificación de más beneficioso. De los dos sistemas propuestos, -el del conglobamento (que tendría en cuenta el conjunto de las reglas del contrato) y el analítico (que examinaría cláusula a cláusula)- el tenor literal del precepto nos llevaría a elegir el segundo⁴⁵, al utilizar la expresión cláusula. En ocasiones será difícil la comparación porque la reducción

44 En este sentido, FONT GALÁN, J. I.: "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Curso sobre nuevo derecho del consumidor*, 1^a ed., Madrid, 1990, p. 79 y "La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa", *C.D.C.*, n^o 4, diciembre 1988, p. 36, afirmó al respecto: "puede suceder que no toda integración publicitaria termine beneficiando al consumidor. Así, pudiera ocurrir que el empresario anunciante y predisponente del contrato disponga con tal habilidad el contenido de la publicidad y contenido del contrato, que, si el consumidor exige la integración contractual de las declaraciones publicitarias, se perjudica en términos comparativos con relación al contenido expreso del contrato. Puede, incluso, que el empresario haya formulado dos ofertas divergentes sobre una misma operación: una se recoge en la publicidad, y otra en el contrato predispuesto por él; en estas situaciones es obvio que el consumidor tiene derecho a integrar el contenido con una u otra oferta o con ambas conjuntamente".

45 En este sentido, TORRES LANA, J.A., "Derecho civil y protección de los consumidores", *Cuadernos jurídicos*, n^o 4, enero 1993, p. 12, consideró que al art. 8 2^o LGDCU optaba por el criterio analítico: "El párrafo segundo del art. 8 constituye una pieza de cierre del sistema, tratando en clave *favor consummatoris*, de resolver el problema práctico de la discordancia de contenidos entre los propuestos en la oferta y el documento. Lo hace -y en este punto se aprecia especialmente la intensidad con que opera el principio *favor consummatoris*- sin utilizar la técnica jurídico laboral llamada *conglobamento*, sino que impone la comparación singular entre las diversas cláusulas para dar prevalencia a las más beneficiosas para el consumidor."

del nivel de calidad o calidad en una cláusula se compensará en otra cláusula, con una contraprestación, por ej. con un descuento en el precio. En estos casos sería necesario el examen conjunto de ambas cláusulas -quizá por ello el texto utiliza el término en plural- para valorar cual es más beneficiosa, lo que lo acercaría a la tesis del conglobamento.

En segundo lugar, cabría preguntarse qué entendía el precepto por «cláusulas más beneficiosas». Dos son los criterios que podrían utilizarse para determinar el carácter más beneficioso de las cláusulas divergentes: uno subjetivo y otro objetivo. Aunque la adopción de un criterio subjetivo parecería, a primera vista, más ventajosa para el sujeto protegido por la norma, el consumidor o usuario, lo cierto es que del art. 8 2º (y tampoco del actual art. 61.3 TRLGDCU) no se derivaban datos que permitieran defender la existencia en él de un derecho de elección a favor del consumidor; ya que el precepto tan sólo afirmó que prevalecería la cláusula más beneficiosa. Además, este derecho de elección podría vulnerar lo dispuesto en el propio precepto, y encubrir una renuncia del consumidor.⁴⁶ Si se parte de un criterio objetivo, entre las cláusulas en discordia debería prevalecer aquella que objetivamente fuera más beneficiosa para el consumidor; porque mejore en calidad o cantidad a la discordante (en nuestro caso porque permitiera que la vivienda tuviera calidades mejores, un precio más reducido, menores gastos y en general una mejor condición jurídica o económica) aunque no fuera la preferida del concreto consumidor. Por tanto la prevalencia no debería producirse sólo porque fuera una cláusula derivada del documento contractual -cláusula expresa contraria-, ya sea prerredactado⁴⁷ o libremente acordado, sino porque era objetivamente más beneficiosa. La utilización del verbo prevalecer podía ser un argumento a favor de la tesis objetiva, dado que

46 ALGABA ROS, S.: "La publicidad ...", cit. p. 63, señaló que el hecho de que la publicidad se integre en el contrato era demostrativo de la existencia de un derecho a favor del consumidor. Y evidentemente una renuncia a derechos de los consumidores no podría realizarse mediante condición general.

47 Algunos autores limitan la aplicación de la regla de la cláusula más beneficiosa del art. 8 2º LGDCU a aquellos supuestos en que el contrato ha sido prerredactado e impuesto. En esta línea, DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, 4ª ed., Cívitas, Madrid, 1993, p. 304: "La Ley de 1.984 llega sin embargo más lejos, pues sólo permite que prevalezca sobre el contenido de las comunicaciones de promoción o de publicidad las cláusulas expresas del contrato, cuando éstas sean más beneficiosas. Lo que, a nuestro juicio, no debe considerarse de aplicación a aquellos casos en que el clausulado contractual ha podido ser debatido y libremente aceptado y debe, por tanto, considerarse sólo aplicable esta regla de prevalencia respecto del contenido predispuesto en condiciones generales de contratación." En idéntico sentido MORENO QUESADA, B.: "La protección de consumidores y usuarios al contratar", A.C., 1988-I, p. 203, al considerar que "la protección de los intereses económicos y sociales de que se ocupa el Capítulo III de la Ley sólo se producirá para los consumidores o usuarios que consuman o usen a través de los contratos en los que se contengan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y en cuanto a ellas.", y GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes cit.*, p. 76 quien distinguió entre los contratos prerredactados e impuestos y las cláusulas particulares: la corrección del contrato por el contenido publicitario estaría justificada cuando al consumidor se le ofreció un contrato con unas condiciones generales prerredactadas y distintas de la publicidad, a la que tuvo que adherirse para adquirir el bien o el servicio; pero no lo estaría si se tratara de cláusulas contractuales particularmente pactadas y en las que el alejamiento de la publicidad aparece justificado, porque, pongamos por caso, a cambio se le ofreció al consumidor una compensación. En contra, CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A.: "La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales", Ar. C., 1997-I, p. 30, para quien esta conclusión sería discutible "si se piensa que la finalidad de la normativa protectora de los consumidores no es la garantía de la formación de un consentimiento negocial informado y libre, sino la de un contenido negocial conforme con determinados módulos objetivos de cumplimiento normal".

había sido utilizado por el legislador cuando la regla de la cláusula más beneficiosa se aplicaba para resolver el posible conflicto entre diversas cláusulas incluidas dentro de una misma oferta de contrato. En estos casos, el verbo prevalecer parece dar idea de preferencia automática respecto de la cláusula objetivamente más beneficiosa. Si la divergencia entre lo anunciado y lo pactado consistiera en una reducción del nivel de calidad o cantidad sin ninguna contraprestación, la adopción del criterio objetivo no plantearía problemas para determinar cuál era la cláusula más favorable. En otras ocasiones será mucho más complicado determinar cuál era la cláusula objetivamente más beneficiosa porque las diferencias estribarían en una reducción de derechos a cambio de una contraprestación. En estos casos, la solución quedaría al arbitrio judicial, que debería tener presente al fijar este carácter más beneficioso, si el consumidor había obtenido a cambio alguna contraprestación, fuera o no equivalente. En este sentido, cabría presumir su carácter más beneficioso si la disminución en calidad o cantidad respecto de lo declarado publicitariamente se compensara con una reducción del precio o una ampliación de derechos. Y en todo caso siempre quedaría al consumidor la posibilidad de probar que no era más beneficioso. Este entendimiento llevaría a un punto intermedio entre ambos criterios -el objetivo y el subjetivo- que podía ser el más interesante para una eficaz aplicación del precepto.

En el art. 3.2 RD 515/1989, como vimos, no se incluyó la regla de la cláusula más beneficiosa. (lo que nos llevaba a dudar de su legalidad) pero si hacía referencia indirecta a la cuestión en el art. 10⁴⁸ en el que exigía que los pactos incluidos en el documento contractual, que pudieran ser considerados cláusulas más beneficiosas, fueran claros, sencillos y acordes con la buena fe, sin cláusulas abusivas,, y que resultó coherente con lo dispuesto en el art. 10, 10 bis y D.A. 1^a LGDCU o en los arts. 80 y ss.TRLGDCU.

48 El art. 10 RD 515/1989 señala: "Los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. Igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras, implica la prohibición de inclusión de cláusulas que:

A) No reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculden al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

B) Impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal. A tales efectos:1. Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca.2. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados.

C) Supongan la repercusión al comprador o arrendatario de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no los sean directamente imputables.

D) Impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)."

Sin duda, el art. 8 2º LGDCU supuso un importante avance en la protección del consumidor o usuario que adquiriría una vivienda por el reclamo publicitario pues, con anterioridad al mismo, toda modificación en el documento contractual respecto de lo anunciado, implicaba su no exigibilidad. Así había ocurrido en el único supuesto previo a la LGDCU resuelto por la jurisprudencia -la STS de 16 de febrero de 1.993⁴⁹- en el que existían discrepancias entre el contenido del mensaje publicitario y el documento contractual, En este caso el Tribunal Supremo entendió que el pacto en contrario excluía la relevancia contractual de la publicidad. El folleto publicitario emitido por una empresa promotora de un conjunto de viviendas describía las condiciones del préstamo hipotecario para la adquisición de las viviendas y excluía en su reverso, y de forma expresa, su carácter contractual. Esas condiciones sufrieron una considerable variación en el documento contractual, sobre todo en relación con el sistema de pago al producirse un importante adelanto de las fechas de vencimiento de los cambiales. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste negó la relevancia contractual de la publicidad utilizando, entre otros argumentos⁵⁰, la existencia de un pacto contrario:

“pues si bien es cierto que, según dispone el art. 6º (del E.P. de 1.964), la publicidad habrá de acomodarse a los principios de falsedad (sic), veracidad, autenticidad y libre competencia, con la vinculación del anunciante que dimana del art. 8 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 y susceptibles de prueba en cualquier momento, también lo es que ello en modo alguno impide que, como sucedió en el supuesto de autos, se pacten entre las partes sistemas de pago diferentes a los enunciados, sin que tal hecho suponga infracción del Estatuto de la Publicidad, en su día vigente, ni menos aún, implique una causa de nulidad ni de resolución de los contratos”.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1984, la ya citada STS de 4 de diciembre de 1998, al analizar el cambio de radiadores y sin citar expresamente el

49 STS 16 febrero 1993 (RAJ 1993, 77). Al respecto MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “la oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios”, tesis doctoral defendida en la Universitat de València, y parcialmente inédita, pp. 358 a 382.

50 “Fundado el recurso que nos ocupa en siete motivos, razones de rigor lógico aconsejan comenzar por el estudio del segundo que, al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil denuncia error en la apreciación de la prueba, que dice estar basada en documentos unidos a los autos y no se hallan contradichos por otros elementos probatorios, error que dice a tres materias, la relativa al carácter informativo y no contractual de los folletos publicitarios, y las variaciones que se produjeron en torno a las cantidades de los dos primeros recibos de hipoteca pasados al cobro, así como el adelanto de tres o cuatro meses del vencimiento de las hipotecas con relación a lo anunciado en los folletos de información, motivo éste que debe decaer, pues sí con relación a la primera de las cuestiones, basta un somero examen de los folletos y especialmente del figurado al folio 11 para hacer constar su carácter meramente publicitario, por lo que se refiere a las otras dos, cabe decir que sí, por una parte, la resolución recurrida admite la existencia de algunas diferencias en el sistema de pago entre los folletos publicitarios y lo finalmente producido, también lo es que estas variaciones que no afectan al precio de la vivienda, por lo que tienen una importancia relativa, fueron expresa y minuciosamente pactados por lo que carecen de valor para provocar ni la resolución por incumplimiento, ni la nulidad del contrato”.

art. 8.2^o LGDCU ni la regla de la cláusula más beneficiosa, señaló en su Fundamento 5^o que al estar expresamente previsto en la publicidad y programado la calidad de dichos aparatos de calefacción, su cambio determinaría un claro incumplimiento contractual, del que habría de responder la promotora-vendedora, al no haberse pactado dicho cambio de calidades, sobre todo por tratarse de superior a inferior y responder al trueque a decisión única de la mercantil que recurre. Resulta destacable que el Tribunal Supremo entrara en este caso a delimitar cuando las condiciones jurídicas diferentes, incluidas en el documento contractual, sustituirían a lo anunciado, exigiendo expresamente que el cambio debía ser de inferior a superior y no al revés.

De nuevo sin mencionar expresamente el apartado 2^o del art. 8 LGDCU, la ya analizada STS de 23 de mayo de 2003 negó, en su F.D. 4^o, las alegaciones de la promotora de que los adquirentes de pisos y locales conocían los Estatutos de la Comunidad, en los que no aparecía como común la tercera cancha de tenis, al señalar: “En los contratos de compraventa se ha integrado la transmisión, como elemento común, de la tercera cancha de tenis. Que en la escritura pública se expresa que conocen los Estatutos en nada altera aquella transmisión y, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial no da valor a las declaraciones en escritura pública de los adquirentes respecto a una posible renuncia de la adquisición, que da por integrada en el contrato de compraventa, de la tercera cancha de tenis como elemento común. Dice así: “no puede aceptarse que efectivamente éstos tuvieran conocimiento de la renuncia que efectuaban respecto a la zona que en aquélla se entendía como privativa, pues la escritura no había sido objeto de inscripción, por lo que le faltaba el requisito de la publicidad, ni había sido comunicada de forma particular o por información general a dichos adquirentes”. Siendo así 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”.

No sería hasta después de la entrada en vigor del TRLGDCU, cuando el Tribunal Supremo aplique expresamente la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa. En efecto, la STS de 15 de marzo de 2010⁵¹ la utilizó para decidir el conflicto planteado entre un conjunto de adquirentes contra Inmobiliaria del Sur S.A. Los demandantes alegaban el incumplimiento de las calidades y características anunciadas en la publicidad, así como diversos vicios y defectos constructivos. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a efectuar las obras necesarias para dotar a las viviendas de las características publicitadas. Interpuesto recurso de apelación fue desestimado e Inmobiliaria del Sur interpuso recurso de casación que prosperó, al estimar el Alto Tribunal la infracción del art. 8.2^o LGDCU. El recurrente había sostenido en el recurso la vulneración de este precepto porque “incluso aplicando a la documentación técnica esa función

51 STS 15 marzo 2010 (RAJ 2010, 2347).

publicitaria integradora del contrato, resulta evidente que se excepciona para los supuestos como el presente en que existe una voluntad contractual expresa de que las viviendas reúnan las calidades que se anexan a los contratos y que resultan visibles a los compradores mediante la construcción de una vivienda piloto, por lo que no es necesaria esa función integradora a la que alude la Sentencia puesto que donde existe pacto expreso en cuanto a determinados elementos ninguna integración debe hacerse, destacando el hecho de que los actores no han postulado la nulidad de la cláusula o pacto contractual de dichos documentos descriptivos de las calidades si es que lo consideraban abusivo". El Tribunal Supremo en su F.D. 2º estimó el motivo porque si bien" se trata 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: arts. 60 y 61, I TRLGDCU), que aparece desarrollado en el art. 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, y se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato", en el caso planteado el problema es diverso, porque se ha pactado algo diferente en el documento contractual. En efecto, aquí la cuestión radica "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 siempre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea contraria a la Ley, a la moral, ni al orden público (STS 18 de septiembre 1997), señalando el artículo 1258 que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley", preceptos uno y otro que han de relacionarse necesariamente con el artículo 1469 en el que se establece que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, lo que determina la obligación exclusiva de la vendedora de finalizar la obra con arreglo a las características constructivas ofrecidas a los futuros compradores, conforme al contenido obligacional de los contratos, en relación con el art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuanto a la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es

un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta inicialmente aceptada por los compradores, como precisa la sentencia de 29 de septiembre 2004.

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 para demandar la nulidad de alguna de sus cláusulas por no ajustarse los documentos contractuales a las reglas de claridad y sencillez, a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto citado, o incluso del pacto contractual sobre calidades, con reserva en su caso de derechos respecto de las posibles diferencias entre las pactadas expresamente y las determinadas inicialmente en la documentación técnica presentada ante la Gerencia de Urbanismo para obtener las oportunas licencias". Con tales afirmaciones el Tribunal Supremo aplicó, a nuestro juicio incorrectamente, la regla de la cláusula más beneficiosa, al no entrar a valorar intrínsecamente si eran o no más beneficiosas, presumiendo que lo decidido libremente por las partes, sin imposición, es lo realmente querido y exigible contractualmente.

IV. LOS ARTS. 61 Y 65 TRLGDCU.

I. El deber de información en la publicidad en el art. 61, sin prohibición expresa de la publicidad engañosa.

Cuando en 2007 entra en vigor el R.D. Legislativo 1/12007, de 16 de noviembre, por el que se refunde la LGDCU con otros cuerpos legales, todos ellos dirigidos a proteger al consumidor; la norma resultante, el TRLGDCU, también incorpora un deber de información precontractual en el art. 60 y mantiene y mejora en el art. 61.1, el deber de información objetiva y veraz⁵² en la oferta, promoción y publicidad. A ello ha de añadirse una norma expresamente dedicada a la integración contractual *ex fide bona*: el art. 65.

52 En este sentido MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Contratos con finalidad traslativa del dominio", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1831.

En el primero de estos preceptos, dedicado a la información previa al contrato, se dice en el apartado 1, que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor o usuario de forma gratuita (tal y como afirma en el apartado 4), clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. En su apartado 2 señala que, a tales efectos, serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación (por ejemplo, el art. 6 del RD 515/1989, en el caso de la vivienda).

En la segunda de las norma citadas, dedicada a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, dispone, a semejanza del art. 8.1º inciso primero LGDCU, que 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 adquisición.

En efecto, elTRLGDCU introdujo algunos cambios en relación con el tratamiento de la publicidad engañosa. La nueva regulación desgajó el antiguo párrafo 3º del art. 8 LGDCU, dedicado a la publicidad engañosa y lo situó en el apartado 4º del art. 18, dedicado al etiquetado, presentación y publicidad, dentro del Capítulo IV del Libro I que se ocupaba del derecho a la información, formación y educación.

Las restantes reglas, incluida la primera en que se imponía un deber de información veraz en la oferta, promoción y publicidad, se incluyeron en el art. 61, precepto ubicado en el Capítulo I (disposiciones Generales) del Título 1º *Contratos con los consumidores y usuarios*, del Libro II TRLGDCU, y al que se añadió una rúbrica "Integración de la oferta, promoción y publicidad". La modificación legislativa fue acertada en primer lugar porque situó la protección de la publicidad engañosa dentro del campo del derecho de la información, dado que la actividad publicitaria debe estar dirigida a proporcionar información completa y veraz sobre el objeto del contrato y sus condiciones. En segundo lugar, porque deslindó el supuesto (la publicidad engañosa) de la integración de la publicidad en el contrato y su posterior incumplimiento. En efecto, se trataría de dos supuestos de hecho distintos (aunque en ocasiones difícilmente diferenciables) a los que el ordenamiento otorga soluciones diversas. Por un lado, encontramos la publicidad engañosa, con la que mediante con afirmaciones falsas o engañosas o al silenciar datos fundamentales se induce a error al consumidor sobre las características del objeto o sobre las condiciones del servicio a prestar. En este caso, el bien tiene unas características distintas de las anunciadas y no podría cumplir con ellas en ningún caso (por ej. La muñeca que aparenta caminar por sí misma y no lo hace ni puede hacerlo). Ante este problema la solución del ordenamiento jurídico no debería ser la exigibilidad pues el bien no

podrá nunca ofrecer las características anunciadas, sino la anulación del contrato por vicio del consentimiento, error o dolo (arts. 1266, 1269 y 1300 y ss. CC), la cesación o rectificación de la publicidad (en el raro caso de que no haya acabado) y su sanción como infracción de consumo (art. 49. d) TRLGDCU).

Por el contrario, si la publicidad ofrece información objetiva, concreta, clara, precisa y posible del objeto del contrato (el bien reúne tales características o las puede reunir en el caso de venta de cosa futura) o sobre las condiciones jurídicas de adquisición, todos esos datos formarán parte del contrato, se integrarán en el mismo y serán exigibles por los consumidores y usuarios, aunque no figuren en el documento contractual. Si con posterioridad, el empresario que ha utilizado la publicidad (sea el anunciante o no) incumple su contenido, estaremos ante un supuesto de incumplimiento contractual y, como ya hemos visto, se podrán utilizar, además las acciones que el art. 1124 C.c. establece frente al incumplimiento de una obligación sinalagmática (acción de cumplimiento, de resolución y/o de indemnización), los recursos que nos otorga el TRLGDCU frente a la falta de conformidad en el Título V del mismo Libro II (art. 116.4) aunque no en el caso de la compraventa de vivienda, porque el mencionado Título se aplica sólo a la compraventa de productos (art. 115).

El art. 61.1 TRLGDCU (a semejanza del art. 8.1^o, primer inciso LGDCUU), reitera el deber de información objetiva y veraz en la oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios, al imponer que se ajusten a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

Este especial deber informativo de la publicidad estuvo particularmente presente en la STS de 30 de mayo 2011⁵³, en un conflicto planteado de nuevo entre una Constructora y una Comunidad de Propietario, en el que además de los incumplimientos parciales de calidades y elementos (persianas en algunas ventanas), se exigía la no construcción por la mercantil de un nuevo edificio, en un espacio que aparecía libre en la publicidad inicial insertada en prensa y en carteles publicitarios. Admitida tal pretensión tanto en primera como en segunda instancia, la Promotora recurrió en casación y el Tribunal Supremo entendió, entre otras razones, que no había lugar al recurso porque “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

53 STS 30 mayo 2011 (RAJ 2011, 3995).

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 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. 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. 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”, como dice la sentencia (F.D. 4º).

Además, una importante novedad en el TRLGDCU, en relación con la LGDCU, ha sido la inclusión del art. 65. En él se señala, tras la rúbrica integración del contrato⁵⁴, que “los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme a principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Como ha defendido buena parte de la doctrina⁵⁵, el deber de información precontractual tiene su fundamento en el principio de buena fe, recogido en los arts. 7.1 y 1.258 CC y ahora expresa⁵⁶ y acertadamente⁵⁷ recogido en el art. 65 TRLGDCU⁵⁸. La incorporación al contrato de elementos comunes, cuando se han

54 Sobre la integración del contrato, vide MONTES RODRIGUEZ, M.P.: “La integración del contrato”, *Trabajo, contrato y Libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, coord. por J. Mº Goerlich y A. Blasco Pellicer, SPUV, Valencia, 2010, pp. 377 a 402 y “el art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por F.P. Blasco Gascó, E. Clemente Meoro, F. J. Orduña Moreno, L. Prats Albetosa y R. Verdura Server, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1735 a 1772.

55 En este sentido, GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes...*, cit., p. 18 y LLOBET AGUADO, J.: *El deber...* cit., p. 38

56 LASARTE ÁLVAREZ, C.: inicialmente en “Sobre la integración...”, cit., p. 712 y con posterioridad en *Manual...*, cit., p. 124: “si existe un principio real en la materia que estamos considerando ese ha de ser el de la buena fe y, en particular, el de la buena fe objetiva que, acertadamente, es contemplado de manera expresa en el nuevo art. 65 TRLGDCU, bajo la rúbrica de “integración del contrato con carácter general y no por tanto en relación con la integración del contrato de las promesas publicitarias”.

57 Como he dicho en otro lugar, al comentar el art. 65 TRLGDCU, MONTES RODRIGUEZ, M.P.: “Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007...”, cit., p.678, en los supuestos en que se incumplan los arts 60 y 61 y no se ofrezca a los consumidores y usuarios la información necesaria para poder conocer adecuadamente las características del bien o del servicio que se quiere contratar, en nuestro caso una vivienda, el órgano judicial podrá utilizar la buena fe como medio de integración del contenido contractual, incorporando al mismo aquellas características que el consumidor o usuario podría razonablemente esperar del mismo. En este caso los usos, a los que no hace referencia el art. 65 pero sí el art. 1258 CC, pueden coadyuvar con la buena fe a la hora de proporcionar al juez cuales son las características propias en ese tipo de bienes o servicios.

58 GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación...”, cit., p. 1482: “el art. 65 TRLGDCU incorpora una regla general y supone una novedad en este punto (ya desde la Ley 44/2006), aunque tenga un ámbito demasiado restringido, puesto que sólo afecta a los casos de “omisión contractual precontractual relevante” y su efecto (la integración contractual) remita a una tan fructífera como ambigua noción: la buena fe objetiva.”

ofrecido en la publicidad y se ha omitido su cesión a terceros (como en el supuesto resuelto en la STS de 23 de mayo 2003), su utilización por terceros (como en la STS de 19 de febrero de 1981) o la falta de titularidad del promotor; que sólo dispone de un derecho de superficie (como ocurrió en la STS 13 febrero 2013 a la que haremos referencia a continuación) parece clara. El problema radicaría en la *integración ex fide bona* del precio o de los demás gastos (aunque sin duda se trata de informaciones relevantes), respecto de los cuales parece dudoso que los tribunales se pronuncien, salvo si existen precios legales mínimos de los que no se informó. No obstante, existen motivos para la esperanza, si observamos el art. 27 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Asamblea de Extremadura, sobre normas reguladora de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, relativo a la información que se ha de contener en la publicidad, en donde se afirma que “cuando en el precio de venta no estén especificados los impuestos, las tasas y los demás gastos que legalmente deba abonar el comprador al vendedor, se entenderán incluidos”. Creo que es el camino a seguir en los supuestos de omisión de información relevante sobre el precio y otros gastos de la compraventa.⁵⁹

2. La integración de la publicidad en el TRLGDCU y la jurisprudencia que la aplica.

El art. 61.2 TRLGDCU reproduce casi literalmente lo dispuesto en el art. 8.1 segundo inciso LGDCU (y por tanto a él son aplicables las reflexiones realizadas al analizar ambos) pero introduce algún cambio, relevante para nuestro análisis. Su tenor literal es el siguiente: “El contenido de la oferta, promoción y 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”.

En efecto, el nuevo precepto añade a la expresión *condiciones ofrecidas* los adjetivos “jurídicas” y “económicas”. Evidentemente, con los mismos se está haciendo referencia clara y sin ninguna clase de duda, al precio y a todos aquellos gastos que debe desembolsar el adquirente de la vivienda, pero también a los elementos accesorios, comunes o privativos incluidos o las expectativas de entorno que revaloricen la vivienda adquirida. Todo el contenido de la declaración publicitaria, sus datos objetivos y comprobables, así como las condiciones jurídicas y económicas y las garantías ofrecidas sobre la vivienda serán exigibles por el adquirente consumidor, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

59 MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “Tema 5. El precio de...”, cit. p.211.

Tal exigibilidad implica la integración de lo anunciado en el contrato y supone que el adquirente puede, o exigir su cumplimiento, in natura o por equivalente o la resolución del contrato por su incumplimiento, y en ambos casos la indemnización de los daños causados. La primera opción, como ya hemos visto, suele ser la más habitual, aunque en la mayoría de ocasiones se sustituya el cumplimiento *in natura* por su equivalente pecuniario, pero la segunda resulta especialmente importante porque, dada la resistencia tradicional de los tribunales a la acción resolutoria ex art. 1124 y 1504 CC, hace más extraordinario todavía que el incumplimiento de lo anunciado tenga entidad suficiente para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria por el comprador.

Entre las primeras merece ser destacada la STS de 28 de febrero 2013⁶⁰. Aquí el conflicto se plantea entre varias Comunidades de vecinos contra la entidad Mirador de Gibalfaro S.L. En el folleto publicitario utilizado en la promoción, obraba una fotografía de la maqueta de la urbanización y una referencia a la memoria de calidades. Consta expresamente que los adquirentes recibirían los elementos comunes de la organización consistentes en piscina, piscina infantil, pista de paddel-tenis y club social correspondiente. Pero el planeamiento urbanístico de la zona expresamente impedía que el lugar en donde el folleto publicitario y la maqueta describen y colocan la piscina, pista de padel-tenis y club deportivo fueran de titularidad privada. La entidad demandada adquirió un derecho de superficie sobre el terreno, que es de titularidad municipal, donde se han construido las instalaciones deportivas además de piscina y paddel, de utilización pública. Por tanto y, dada la imposibilidad del cumplimiento in natura, los adquirentes solicitaron indemnización de los perjuicios causados. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la Audiencia la estimó completamente, revocando en parte la sentencia previa. La mercantil recurrió en casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, al desestimar, entre otras razones, la infracción de los arts. 8 y 13 LGDCU, vigente al celebrarse el contrato, con cita expresa de la jurisprudencia ya analizada, del TRLGDCU y del art. 3.2 RD 515/1989, por entender que “se había ofrecido en la publicidad unos elementos comunes que no han sido entregados como tales y se ha fijado una indemnización de acuerdo con la doctrina jurisprudencial indicada. No se ha infringido norma alguna, sino que se han cumplido estrictamente” (F.D. 5º).

En relación con el ejercicio de la facultad resolutoria cabe citar la STS de 12 de julio de 2011.⁶¹ También aquí encontramos un conflicto nacido con ocasión de la venta de un inmueble sobre plano. En este caso, el litigio lo planteó un matrimonio comprador contra la Promotora ERASUR S.L, ejercitando la acción de resolución contractual del contrato de compraventa porque la vivienda no reunía las características anunciadas en el folleto (vistas al campo de golf, al mar y las montañas). El Juzgado de Primera

60 STS 28 febrero 2013 (RAJ 2013, 2164).

61 STS 12 julio 2011 (RAJ 2011/7372).

instancia desestima la demanda por entender que no hay incumplimiento contractual y recurrida en apelación la audiencia declara resuelto el contrato. Planteado por la promotora recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo por entender, en su F.D. 2^o, que el folleto litigioso no responde 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. A ello debía añadirse a juicio del TS que la vivienda se adquirió sobre plano, lo que no permitía apreciar la falta de veracidad, que las características valoradas influyeron de manera decisiva en la adquisición, y que la buena fe contractual exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico. Todas estas razones llevan al Alto Tribunal a entender que “la infracción contractual tiene una especial relevancia que justifica la calificación de incumplimiento grave por insatisfacción total del comprador a efectos de conllevar la resolución contractual. La falta de vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores”.

En ocasiones el ejercicio por el comprador de la acción resolutoria basada en el incumplimiento de lo anunciado se plantea de forma reconvencional, frente al ejercicio de la acción de cumplimiento contractual planteada por la mercantil vendedora. Así ocurrió en el litigio que dio lugar a la STS de 18 de febrero de 2014⁶². La empresa vendedora interpone demanda ejercitando acción de cumplimiento contractual, obligando a los compradores a pagar la parte aplazada. Los compradores no sólo se opusieron a lo solicitado, sino que interpusieron demanda reconvencional, solicitando se declarara resuelto el contrato y se condenara a la devolución de las cantidades adelantadas, por incumplimiento del plazo anunciado en la publicidad. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención. Interpuesto recurso de apelación, la audiencia lo desestimó y la vendedora recurrió en casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por entender que la resolución, declarada en la sentencia de instancia y confirmada en apelación, era correcta por cuanto, reiterando la doctrina jurisprudencial ya expuesta, el plazo de entrega contractual era el anunciado en el folleto, febrero de 2008 y el retraso probado, pues la cedula de habitabilidad no se dio hasta diciembre de ese año y el suministro eléctrico y la entrega efectiva hasta febrero de 2009.

Pero la exigibilidad de lo anunciado publicitariamente sólo prevalecerá siempre y cuando en el contrato no figuren condiciones económicas y/o jurídicas más beneficiosas. Porque la regla de la cláusula más beneficiosa se mantiene en el apartado 3 del art. 61 TRLGDCU, en los mismos términos que en el ya analizado art. 8.2^o LGDCU. El precepto exige no sólo que haya condiciones diferentes, sino que éstas deben ser más beneficiosas y la jurisprudencia, desgraciadamente, parece entender que, si han podido ser negociadas, lo son sin entrar a valorar su bondad.

62 STS 18 febrero 2014 (RAJ 2014, 2091).

Y el problema puede surgir cuando en el contrato se produzca cambios de características de la vivienda o de calidades a cambio de una reducción en el precio. A este problema hace referencia, el art. 10 RD 515/1989 que, como ya hemos visto debe ser tenido muy presente a la hora de interpretar el principio de la cláusula más beneficiosa en el art. 61 TRLGDCU.

Tras la entrada en vigor del TRLGDCU el Tribunal Supremo se ha ocupado de la aplicación de la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa en la ya analizada STS de 15 de marzo de 2010, que la aplicó expresamente, y en la STS de 8 de marzo de 2011⁶³ en la que resuelve un conflicto entre una Comunidad de propietarios y un conjunto de adquirentes y la Promotora Proinasa, por falta de entrega de instalaciones comunes y diferente calidad de lo entregado respecto de lo anunciado. En el documento contractual prerredactado por la Promotora se contenía una cláusula genérica de entrega a satisfacción del comprador. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y declaró nula la cláusula y, recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia entendió que la mencionada cláusula no suponía una renuncia de los compradores a lo anunciado ni a toda reclamación posterior. Interpuesto recurso de casación por la promotora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, al desestimar la infracción de los arts. 3.2 y 10 RD. 515/1989. Lo extraño es que el Tribunal Supremo justificó la desestimación (F.D. 5º), apoyándose en lo argumentado *obiter dicta* en la STS de 15 de marzo 2010 pero no en su *ratio decidendi*.

IV. LA STS 616/2017, DE 20 DE NOVIEMBRE.

A la vista de la evolución jurisprudencial analizada con anterioridad cabe contemplar lo señalado en la reciente STS 616/2017, de 20 de noviembre.⁶⁴ En ella, el conflicto surge de nuevo en torno a una compraventa sobre plano de una vivienda con jardín y garaje situada en una zona residencial. El folleto informativo de la Urbanización "Costa Anacara" anunciaba "viviendas en altura...plazas de garaje y viviendas unifamiliares en las plantas bajas... con excepcionales equipamientos un campo de golf de 18 hoyos, amplias zonas verdes... con excelentes comunicaciones: un acceso a la autopista A9, para llegar en pocos minutos a las ciudades de Ferrol y A Coruña o para conectar fácilmente con el resto de Comunidades Autónomas". En principio el contrato de compraventa en documento privado se celebró en julio de 2005 pero la vivienda no se terminó hasta septiembre del año siguiente, sin que se hubiera concluido ni el campo de golf ni los accesos a la AP 9. La vendedora Martinsa Fadesa S.A interpuso demanda de acción de cumplimiento, exigiendo a la compradora el otorgamiento de escritura pública de compraventa y el pago del resto del precio aplazado, así como los impuestos sobre el inmueble. La compradora

63 STS 8 marzo 2011 (RAJ 2011, 2758).

64 STS 20 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4897).

no sólo se opuso a tal pretensión, sino que formuló reconvencción, ejercitando acción de resolución contractual con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. El Juzgado de Primera Instancia de nº 7 de la Coruña dictó Sentencia en octubre de 2013, desestimando la demanda y estimado la demanda reconvenccional. Recurrida en apelación ante la A. P. de La Coruña, su sección 4^a dictó sentencia en marzo de 2015 (10 años después de la celebración del contrato) estimando parcialmente el recurso planteado por Martinsa Fadesa S.A. En la Sentencia de apelación se acuerda estimar en parte la demanda y en parte la reconvencción, entendiendo que había habido incumplimiento de ambas partes. Por ello condenó al comprador a otorgar escritura pública, asumiendo sus obligaciones como propietario, pero rebajando el precio a pagar en un 25%, atendiendo a los incumplimientos de lo anunciado por la vendedora. El comprador interpuso recurso de casación, por entender que la sentencia de apelación se oponía no sólo al art. 8 LGDCU, y los arts. 1124, 1256 y 1258 CC sino también a las ya citadas SSTs 381/2011, de 30 de mayo, 497/2011 de 12 de julio y 518/2013, de 23 de julio, al desconocer el carácter esencial de las obligaciones del vendedor derivadas de la publicidad realizada mediante folleto elaborado por éste, constituyendo el incumplimiento de las mismas, la frustración total del contrato de compraventa (lo que justificaría el ejercicio de la facultad resolutoria), sin poder compensarse con una indemnización traducida en una rebaja del precio.

EITS estima el recurso por considerar el carácter esencial de los incumplimientos declarados parciales en la sentencia recurrida (el campo de golf solo tiene 9 hoyos, parte de la urbanización no está terminada y no consta el acceso a la autopista). El Fundamento 5º de la Sentencia señala que “partiendo de estos incumplimientos declarados en la sentencia de apelación, debemos declarar que habiendo sido declarados los tres parciales, en conjunto suponen un incumplimiento esencial que frustra la finalidad del contrato de compraventa, pues el comprador se encontró con una vivienda que no se encontraba junto al campo de golf ofrecido, ni con las vías de comunicación proyectadas ni con la urbanización ofrecida y esperada, dado que no está concluida, de tal manera que la circulación no será fluida, el espacio verde se reduce notablemente y la categoría del campo también, así como el espacio de juego y duración de las partidas, unido a una urbanización parcialmente fallida en cuanto a sus servicios.

Todos estos compromisos contraídos en el contrato y a través de la oferta publicitaria, fueron incumplidos y dicha trasgresión debe calificarse de sustancial pues afectaba a circunstancias esenciales y definidoras del objeto contractual, arts. 1254, 1256 y 1258 del C. Civil”. Lo expuesto lleva a la Sala a estimar la casación y asumiendo la instancia, confirmar la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Coruña.

Así pues, la reciente Sentencia de 20 de noviembre de 2017 viene a confirmar la expuesta doctrina jurisprudencial sobre el valor contractual de la publicidad consolidando, tras la STS de 8 de febrero de 2014, y de manera muy acertada, la entidad resolutoria del incumplimiento de lo anunciado (en este caso varios incumplimientos parciales), frente a la opción por el cumplimiento con rebaja de la sentencia de apelación.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Tecnos, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- "La defensa contractual del consumidor o u usuario en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Tecnos, Madrid, 1987.

- "La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Tecnos, Madrid, 1987.

CABALLERO LOZANO, J. M.: "Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", *A.C.*, 1996-I.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales.*, 1^a ed. 1994, MSC.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: El Real Decreto 515/1.989, de 21 de abril", *Derecho Privado y Constitución*, n^o 6, mayo- agosto 1.995.

CORRAL GARCÍA, E.: "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *Actualidad civil*, n^o 38, 16 a 22 octubre 2000.

CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A.: "La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales", *Ar. C.*, 1997-I.

CUÑAT EDO, V.: "Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada", *Las Fuentes efectivas el Derecho español tras la Constitución de 1978*, 1992, UNED, Alcira.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, 4^a ed., Cívitas, Madrid, 1993.

FONT GALÁN, J. I.:

- “El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Curso sobre nuevo derecho del consumidor*, 1ª ed., Madrid, 1990.
- “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa”, *C.D.C.*, n° 4, diciembre 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Cívitas, Madrid, 1.993.

GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”, *Tratado de contratos*, dir. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, 1980.

LLOBET AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996.

MARTÍN OSANTE, J. M.: “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del Texto Refundido 1/2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, Thomson–Reuters, n° 24, 2010.

MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P.:

- “El art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por F.P. Blasco Gascó, E. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdura Server, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “La integración del contrato”, *Trabajo, contrato y Libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, coord. por J. Mª Goerlich y A. Blasco Pellicer, SPUV, Valencia, 2010.

- *La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios*, tesis doctoral, Universitat de València 1998.
- "La publicidad engañosa en el art. 8º 3 L.G.D.C.U.", en *AAW Estudios en homenaje a Teresa Puente Muñoz*, coord. por L.Prats, S.P.U.V., Valencia, T. II, 1.996.
- "Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y su incidencia en la protección del consumidor", *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, coord. por M^a L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, M^a D. Mas Badía y M^a P. Montes Rodríguez, SPUV, Valencia, 2009.
- "Tema 5. El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor", *AA.VV.: La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por F. Lledó Yagüe, 1^a ed., Dykinson, Madrid, 2013.

MORENO QUESADA, B.: "La protección de consumidores y usuarios al contratar", A.C., 1988-I.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Contratos con finalidad traslativa del dominio", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ORTÍ VALLEJO A.: "Comentario al art. 13.1 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992.

PASQUAU LIAÑO, M.: "Comentario al art. 8 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia.*, 1^a ed., Ed. RGD, Valencia, 1993.

SILLERO CROVETTO, B.: "El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Tecnos, Madrid, 2006.

TORRES LANA, J. A.: "Derecho civil y protección de los consumidores", *Cuadernos jurídicos*, nº 4, enero 1993.