

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

JOSÉ MARÍA ZONTA ARIAS

INTRODUCCIÓN

Este trabajo, como su nombre indica, está destinado a estudiar la integración publicitaria del contrato, o sea, la eficacia negocial que las declaraciones publicitarias puedan tener en el acuerdo interpartes. Está dividido en dos partes, la inicial se ocupa de los aspectos doctrinales y de ubicación general, la segunda del esquema normativo que regula la materia, así

como del tratamiento que la Jurisprudencia Española ha realizado del tema. La investigación, al estar encuadrada en los cursos de doctorado de la Universidad de Sevilla, se limita al panorama español, lo que no evita que hagamos algunas referencias al Ordenamiento Costarricense.

PRIMERA PARTE

DERECHO DE CONSUMO Y RUPTURA DE LA IDEA TRADICIONAL DE CONTRATO

Los tiempos que corren han introducido en nuestra sociedad prácticas de consumo inéditas a finales del siglo pasado, cuando se promulgaba el Código Civil español. Ahora aspectos como las condiciones generales de los contratos, los contratos de adhesión, la masificación y despersonalización de las relaciones contractuales, entre otros, han superado el sinalagma tradicional. Es necesario coincidir con Díez Picazo en que antes "las relaciones jurídicas tradicionales se concebían, se cons-

truían y se configuraban como relaciones entre individuos concretos, en el sentido de que se entablaban entre personas perfectamente identificadas o inmediatamente identificables y además normalmente conocidas de modo perfecto entre sí. Siempre habíamos supuesto que el arrendatario es un Ticio y el arrendador un Cayo, que naturalmente se conocen porque en otro caso no hubieran llegado a establecer entre ellos ese contrato de arrendamiento".¹ Hoy en cambio, de país a país, de ordenador a

1. DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado* (dos esbozos), Civitas, Madrid, 1979. Agrega el autor que en este nuevo tipo de relaciones hay "una clara dificultad de identificación de los sujetos, y en segundo lugar, una falta de conocimiento de las personas entre las cuales la relación se traba, que lleva a figuras de anonimato", págs. 51 y ss.

ordenados, se celebran convenios sin que sus partes sepan ni sus nombres.

Ante estos contratos masivos y anónimos la jurisprudencia, como veremos luego, ha tenido que superar la identificación entre contrato y documento material que lo recoge.² Son necesarias entonces premuras legislativas que vengan a regular tan novedosos modos de consumir bienes y servicios, y no pocos autores hablan de un nuevo Derecho surgido en este campo.³ Y no siempre el consumidor, el ciudadano de a pie, es el que sale mejor librado en este río revuelto, en general en el Derecho de consumo y en particular respecto a la publicidad, el legislador ha tenido que poner coto a abusos, porque "hay demasiado consumismo, demasiados contratos de adhesión. Demasiadas prestaciones de carácter técnico en las que el ciudadano corriente y moliente resulta siem-

pre engañado. Hay demasiadas empresas publicitarias... cuya única finalidad parece es-tribar en anular la propia voluntad o arbitrio individual mediante una pertinaz, y la más de las veces, falsa propaganda cercana a la sublimación.⁴

El profesor Díez Picazo es tajante en afirmar que la idea antigua del convenio se ha roto y que ya no es "cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad", para él la concepción voluntarista de contrato se ha tornado absolutamente inidónea.⁵ Afortunadamente los jueces evitan abusos con sus sentencias y adelantándose al legislador se sacan del sombrero de la justicia mecanismos como la integración publicitaria del contrato, pero antes de detallarla, hagamos algunas consideraciones de ubicación.

INTEGRACIÓN CONTRACTUAL. DEFINICIÓN

Según el profesor García Amigo la integración "tiene por finalidad determinar, una vez patentizada la *lex negotii*, el cuadro de fuerzas normativas que forman la suma integrada por la *lex privata* junto con las demás que componen la total norma reguladora de la relación nego-

cial, la integración designa el complejo de fuerzas normativas subjetivas —*lex privata*— y objetivas —*lex publica*— que regulan totalmente la relación negocial".⁶ Dentro del iter analítico del contrato el profesor Clavería la ubica del siguiente modo: interpretación subjetiva, califi-

2. LASARTE, Carlos, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, *Revista de Derecho Privado*, enero, 10980, págs. 50 y ss.

3. Por ejemplo, FONT GALÁN, Juan Ignacio, *El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU*, en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pág. 84.

4. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. En gráfico relato este autor agrega que "el tráfico patrimonial de nuestros días se caracteriza por ser un escenario en el que, como en los sainetes, los personajes se identifican apenas alzado el telón. Vocingleros ofertantes que predicán las excelencias de sus productos y que prometen a sus clientes, adquirentes, incluso un cambio radical en sus vidas. Por algo el mercado es el mercado y la técnica publicitaria todo lo puede".

5. DÍEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 49. En su opinión esto provoca que más que hablar de voluntad, ahora debamos hablar de otros fenómenos, como relaciones contractuales de hecho o de producción de reglas objetivas, o de reglas derivadas de la confianza.

6. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Integración del negocio jurídico*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXIII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Opinión secundada por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Teoría General del Contrato*, 2ª ed., reimpresión 1990, Bosch, Barcelona, pág. 297, en la que sostiene que el contrato ya no es el mero acuerdo de voluntades "sino el complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo".

cación, interpretación objetiva e integración, en ese orden.⁷

Como vemos, presupuesto de la necesidad de integrar un convenio son los vacíos que la voluntad de las partes le haya dejado, estas omisiones "no pueden cubrirse en todos los casos recurriendo a prescripciones legales de carácter dispositivo. Si aparecen problemas de regulación que el legislador tampoco ha previsto, fracasa la reconstrucción... mediante el Derecho dispositivo... conforme a ello, las lagu-

nas que, aún así, aparezcan en los acuerdos contractuales siempre que las partes no se hayan puesto de acuerdo a posteriori sobre cómo deba cumplirse el contrato tienen que cubrirse por la jurisprudencia.⁸ El profesor Lacruz coincide con la definición dada, apuntando que la integración busca reunir el conjunto de normas de distintos orígenes que regulan lo pactado por las partes.⁹ Y con el resumido Gherzi, para el cual la integración consiste en "salvar una omisión u oscuridad".¹⁰

DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Nuestra figura se relaciona íntimamente con otras, por lo que es de interés deslindar sus propiedades y funciones respecto de ellas, son la interpretación y la calificación.

1. Integración e Interpretación.

Al formar parte de un proceso destinado a evidenciar claramente la voluntad de los contratantes, no hay notables distancias entre estas figuras, pero sí hay diferencias: la interpretación intenta discernir las dificultades de expresión de las partes, mientras que la integración busca resolver las planteadas por la falta de voluntad y de ley en un punto concreto,¹¹ esta

diferencia funcional ha sido pauta no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia.¹² Para el citado profesor García Amigo la interpretación se dirige a esclarecer la voluntad negocial de las partes, moviéndose en el campo de las fuerzas subjetivas, pretendiendo fijar el contenido del negocio, mientras que la integración intenta determinar los efectos totales del mismo.¹³ Para el profesor Jordano Barea la integración de un contrato lagunoso o incompleto en su autorregulación, es tarea muy diversa de la integración.¹⁴ En realidad ambas figuras lucen como pasos dentro de un mismo proceso, no parece apropiado considerar antitéticos

7. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *Comentario de la sentencia de 24 de octubre de 1983*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, setiembre-diciembre, 1983, págs. 1021 y ss.

8. SCHÄFER, Hans Bernd, y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Trad. Macarena Von Carsten, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 285. En opinión de los autores, las lagunas tienen que "llenarse mediante una imputación posterior del riesgo con ayuda de una interpretación contractual supletoria".

9. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 297. "La integración... trata de completar, no ya las palabras de los contratantes, sino el conjunto mixto de la lex privata y lex publica por el que se gobierna cada contrato singular".

10. GHERZI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 160. En su criterio los pasos que él cita, interpretación, integración y rectificación, son sólo "etapas complementarias" del proceso de recreación del pensamiento.

11. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 296. El párrafo está basado en sus frases, en su primera parte.

12. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. "Deslinda así el T.S. las materias de interpretación e integración del contrato, como operaciones que —aún siendo de difícil deslinde— no pueden decirse coincidentes".

13. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pág. 84. Adiciona que la integración "designa el complejo de fuerzas normativas subjetivas —lex privata— y objetivas —lex publica— que regulan totalmente la relación negocial".

14. JORDANO BAREA, Juan B., *La interpretación de los contratos*, en *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1988, Madrid, pág. 163.

ambos términos, pues son herramientas del mismo esfuerzo de esclarecer cuál fue la verdadera intención de las partes al contratar.¹⁵

2. Integración y calificación.

La calificación nos responde a la pregunta: ¿frente a qué tipo de contrato estamos?, busca "bautizar" la figura negocial para así propiciar la aplicación de las normas propias de su naturaleza jurídica, según García Amigo, la calificación "tiende a determinar la naturaleza y clase del contrato..., se trata... de un paso lógicamente posterior a la interpretación y anterior a la integración", para este autor sólo después de fijada la calificación de un contrato es posible determinar las fuentes normativas de carácter objetivo aplicables, en presencia de lagunas, a la relación negocial, "la calificación opera por tanto, sobre la voluntad normativa subjetiva, liberada ya en su caso, de posibles dudas con la interpretación, la integración, en cambio, conecta la voluntad de las partes con las fuerzas normativas objetivas".¹⁶

Para el profesor Clavería la utilidad de la clasificación radica en que "nos sirve en cuanto fase del proceso de determinación de la regla negocial en la medida en que consista en una conceptualización de la voluntad de las partes: averiguado qué contrato han querido los contratantes tras la tarea de interpretación subjetiva... procederá la denominada interpretación objetiva".¹⁷

Hay otras matizaciones que la doctrina hace respecto a este proceso de conocer con claridad y totalidad la intención de los contratantes, pero no nos ocuparemos de ellas por no extendernos en estos aspectos introductorios. Diremos a manera de ejemplo que Vattier Fuenzalida defiende la existencia en Derecho español de la llamada interpretación integradora,¹⁸ y que el profesor Ghersi suma, a todo este arsenal escudriñador de la voluntad de las partes, su llamada rectificación, que implica adecuar lo declarado a lo realmente querido por ellas.¹⁹ Lo único que luce claro es que el punto de partida para tanto esfuerzo jurídico es la existencia de omisiones en el contrato.

FUNCIÓN DEL JUEZ

La ley y la doctrina conceden al juez facultades para ejercitar la integración, para lo cual no sólo debe respetar el factor volitivo de los firmantes, sino además el contexto que sirve de

sustrato al negocio, ante la pregunta: ¿de dónde sale esta posibilidad del juez para integrar el convenio?, el profesor Lacruz contesta sin duda que de una mixtura de los artícu-

15. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. "Resultaría que... interpretación, calificación e integración del contrato... constituirían operaciones profundamente interrelacionadas entre sí, pero al mismo tiempo dotadas de propia operatividad".

16. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pág. 84. "La calificación... se trata... de un paso lógicamente posterior a la interpretación y anterior a la integración".

17. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *op. cit.*, págs. 1021 y ss.

18. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987. Este autor defiende la interpretación integradora en el Derecho español. A través del nacimiento en Alemania y su recepción en Italia, distingue entre interpretación, integración e interpretación integradora. Critica la aproximación en doctrina española de la interpretación integradora a la analogía y la integración. Concluye en la autonomía de la interpretación integradora, y su coexistencia con la interpretación subjetiva y objetiva en el Código Civil español.

19. GHERSI, Carlos Alberto, *op. cit.* Este autor argentino define la rectificación como "adecuar lo declarado por los contratantes a lo realmente requerido por ellos", pág. 160.

los 1258 y 1289 C.C.,²⁰ y razona que "la vigencia del contrato no puede quedar suprimida por la existencia de lagunas sobre las circunstancias accidentales suyas, y entonces el juez deberá resolver tales lagunas con arreglo al sistema y finalidad del contrato..."²¹ Según Betti el juez se coloca en la situación del legislador, limitado al caso concreto sometido a su consideración.²² Sin embargo tales facultades del juez no son ilimitadas, no es una carta abierta

para desfigurar y configurar la voluntad de las partes, más bien el juzgador "apelando a la hipotética voluntad de las partes, no debe pasar por alto lo que acordaron éstas por propia iniciativa, por principio, no es tarea de la jurisprudencia corregir un acuerdo contractual que posiblemente resulte irrazonable y sustituirlo por una regulación que las partes habrían tenido que adoptar actuando sensatamente pero que, de hecho, no han adoptado".²³

¿CUÁNDO DEBE INTEGRARSE UN CONTRATO?

Con lo que llevamos dicho esta pregunta parece innecesaria y casi respondida, sin embargo nos parece útil puntualizar en el tema. El contrato que requiere integrarse con otros elementos exógenos es el que no se basta a sí mismo para reproducir la intención de las partes, y esto ocurre frecuentemente, tanto que el profesor Lacruz afirma que es "normalmente incompleto",²⁴ por muchas razones, entre ellas que las partes, no siempre técnicos en Derecho o asistidos por éstos, no pueden prever todas las eventualidades que pueden modificar sus fases de cumplimiento, más bien, podríamos preguntarnos cuál contrato no necesita ser in-

tegrado, a lo que Schäfer y Ott responden que el contrato perfecto, y aclaran que estamos ante uno perfecto cuando los firmantes "antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución".²⁵

Claro está que esto no es posible, y no sólo porque las partes carecen de facultades adivinatorias, sino porque tendrían que asesorarse de cualquier contingencia, como transportes, demoras, fluctuaciones de las divisas, estudios de mercado, etc., e "imputar el riesgo a una de ellas y determinar qué prestación tiene que

20. Artículo 1258.—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.

Artículo 1289.—Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

El C.C. costarricense tiene un artículo equivalente al 1258 citado, es el 1023, donde la equidad sustituye la buena fe.

21. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 299-300. "...y a la buena fe...", adiciona este autor.

22. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 140.

23. SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, pág. 287. Agregan estos autores alemanes que "en muchos casos la tarea de los jueces consiste únicamente en enjuiciar cómo se habría imputado un riesgo, si las partes lo hubieran conocido con anterioridad a la conclusión del contrato", pág. 263.

24. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.* Añade Lacruz que "inevitablemente se producen situaciones frente a las cuales el texto del acuerdo no resuelve cuál ha de ser el comportamiento de las partes, y en particular del deudor", pág. 296.

25. SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, pág. 261. "El punto de partida de una interpretación supletoria del contrato es un contrato imperfecto", pág. 285.

soportar su titular en caso de que se produzca aquél (por ejemplo: la reducción del precio de la compra o el interés positivo o negativo".²⁶ Es por esto que el contrato perfecto representa solamente un modelo ideal, un punto valioso de referencia para las partes, pues resultaría muy oneroso, especialmente en la necesidad de asesoramiento, contar con todos los elementos que harían de un contrato algo perfecto. El pacto entonces es usualmente lagunoso, tiene omisiones que hay que completar, Betti distingue los siguientes tipos de lagunas: 1. Lagunas ínsitas originalmente o bien sobrevenidas con el tiempo al modificarse las relaciones. 2. Lagunas producto de la falta de valoraciones norma-

tivas o bien de su inadecuación en el tratamiento jurídico. 3. Lagunas dependientes de deficiencias totales o parciales del tipo legal (lagunas de previsión). 4. Lagunas provocadas por la alternatividad o de la contradicción entre preceptos diversos. 5. Lagunas de cohesión y 6. Lagunas objetivas o de cognición.²⁷ Es pues inevitable que los contratos no contemplen todos y cada uno de los aspectos presentes o futuros que inciden en ellos, y surja la necesidad para los operadores jurídicos de recurrir a elementos exteriores al documento, como el marco económico, o las costumbres del lugar, o la publicidad de uno o ambos contratantes, de esto nos ocuparemos seguidamente.

PUBLICIDAD: DEFINICIÓN Y CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO

En el sentido que nos es útil, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la publicidad como la acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores, sin embargo en un sentido más comercial la podemos considerar como el conjunto de técnicas que sirviéndose de los más variados medios de comunicación, busca influir en las personas, para inducir las a efectuar determinados comportamientos, usualmente, adquirir bienes y servicios, aunque en los últimos años hemos visto hábiles campañas de prevención en materia de transmisión de enfermedades o drogodependencia. En vez de citar las muchas definiciones que existen, señalaremos los criterios básicos enumerados por Acosta Estévez, construidas precisamente a partir de aquéllas, este autor²⁸ caracteriza la publicidad de la siguiente manera: 1. Se trata

de una forma de comunicarse. 2. Realizada por una persona física o jurídica, pública o privada. 3. En el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal, (la lista obviamente, como hemos visto, no es exhaustiva). 4. Con el objetivo de promover el suministro de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, (comportamientos, actitudes en general). 5. A cambio de una remuneración.

Por último nos interesa destacar que la publicidad se ha salido del sombrero de la simple lucha entre empresarios por la captación de clientes, como bien lo ha anotado Font, para convertirse en uno de los vehículos de comunicación social más influyentes y más decisivos a la hora de proyectar prácticamente casi cualquier actividad con afán público o masivo. Esto hace que la materia, jurídicamen-

26. SCHÄFER y OTT, *ibidem*, pág. 262.

27. BETTI, Emilio, *op. cit.*, págs. 135-136. Para él una laguna es "siempre... una deficiencia o incoherencia de la disciplina legal advertida mediante una contradicción entre sus partes, o entre aquélla y su finalidad", *ibidem*.

28. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, PPU, Barcelona, 1990, pág. 29. Y lo que hace es prácticamente copiar el artículo 2 de la Ley General de la Publicidad.

te hablando sea estudiada tanto en Derecho Público como Privado, y sea una parada imprescindible para autores y legisladores en el Derecho de consumo, para el citado Font, la publicidad se ha convertido en una cuestión con distintas proyecciones en la esfera ius-pri-

vatista y pública, y en el primero, precisamente lo más novedoso en los últimos años es la integración publicitaria del contrato, tanto en sentencias como en leyes, y producto de esta evolución, el protagonista en las preocupaciones tuitivas es ahora el consumidor.²⁹

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La engañosa es la publicidad que induce a la equivocación, que lleva al destinatario del mensaje al error y puede manifestarse tanto en la forma como en el fondo de la propuesta, el engaño puede estar contenido en múltiples campos, las propiedades de los productos, las condiciones de pago, los atributos, etc., puntualiza Acosta Estévez que para considerar engañosa una campaña no es necesaria la existencia del daño, y agrega que puede ser dual y afectar tanto al comportamiento económico de las personas como a los intereses de los competidores, siendo irrelevante el medio usado.³⁰ Las expectativas de los adquirentes en cuanto a que esperan encontrar publicidades cualidades en los productos, se ven defraudadas, y no es pequeño el daño económico que este procedimiento causa a los consumidores. "Aparece así claramente reprobable enfrentar con tales armas al público, originando —en cada caso particular— una vinculación anómala, en ocasiones impidiendo el nacimiento de un negocio querido por quien confió en la veracidad de los anuncios, otras veces, generando la invalidez del contrato, viciado por el error del consumidor

provocado por el mensaje inexacto, naciendo además, en todos los casos, una deuda de responsabilidad en cabeza del empresario, autor de la ilicitud".³¹

Dentro de la política de información que procura evitar estos perjuicios, Reich anota tres aspectos: la prohibición de mensajes publicitarios engañosos o inductores a error, el mandato destinado a los competidores a que proporcionen una información objetiva, y la función de asesoramiento y aclaración a cargo de las correspondientes organizaciones legitimadas a ello, como las protectoras de los consumidores.³² Esta política busca equilibrar las dispares situaciones entre las poderosas empresas agentes del mercado, verdaderos centros de poder social, y los consumidores, tratando de paliar, en afortunada expresión de Reich, la "subordinación estructural" en la que se hallan los adquirentes.

Más adelante tendremos oportunidad de ampliar, cuando nos refiramos a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cómo la publicidad engañosa ha dejado de

29. FONT, *op. cit.*, pág. 60.

30. ACOSTA ESTÉVEZ, *op. cit.*, págs. 42-43.

31. STIGLITS, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 16. Esta situación descrita está prevista en los artículos 4 y 5 de la Ley General de Publicidad. El autor añade que "se debe apreciar el nivel de la capacidad intelectual y del acondicionamiento psicológico de las personas a que la publicidad va naturalmente destinada. En efecto, la masa de consumidores no conforma una clase social homogénea, sino más bien una correlación de intereses en la adquisición y disfrute de bienes y servicios, ciertamente difusos, pero por ello mismo sumamente disgregados, y entonces no pueden encuadrar en una categoría uniforme", pág. 18.

32. REICH, *op. cit.*, pág. 185.

percibirse como un problema entre anunciantes preocupados por sus pérdidas, para convertirse en valiosa referencia en la defensa de los compradores.

Discrepamos de la visión economicista que Madrenas I. Boadas tiene de la necesidad de controlar el engaño en la publicidad, pero antes lógicamente damos paso a su postura, según esta autora "el control del engaño en la publicidad tiene por objeto el logro, ciertamente difícil, de un óptimo de información en un determinado mercado. Pero no por ello debe corregirse toda desviación de ese óptimo si las consecuencias de la intervención pueden causar un daño mayor, si el remedio puede producir peores resultados, en un mercado siempre existirán imperfecciones, derivadas, además, de las mismas características de la información. La conclusión puede ser que, si bien es difícil determinar el grado óptimo de una información, sopesar sus costes y beneficios, todavía puede ser más costoso ignorar esta aproximación y tratar de proporcionar información completa: la prevención del engaño no puede ser completa y la cesación no es una medida inocua. Asegurado un mínimo de calidad objetiva de la información, obtenido un óptimo aproximado, puede ser mejor resignarse a la

idea de que ya no cabe hacer mucho más, que la probabilidad para el consumidor de ser inducido a error y sufrir un daño minúsculo se reparte aleatoriamente en la cesta de la compra..."³³ Disculparán la extensión de la cita pero considero necesaria la global lectura de su idea, que no es otra que el consumidor debe estar a merced de sufrir "daños minúsculos", a ser inducidos a error y disfrutar de un mínimo de "calidad objetiva de la información", para no perturbar intereses macroeconómicos de los vendedores. Rechazo esta idea, supongo que es fácil reducir al consumidor, al ciudadano común y corriente, a un dígito dentro de una teoría económica, pero no rima ni con los principios generales de la contratación ni con los principios generales del Derecho, no sólo como simple enunciado en el artículo 1.4 C.C., sino como sustrato necesario de toda relación jurídica. Pienso aproximadamente todo lo contrario que Madrenas I. Boadas, creo que DEBE corregirse toda desviación de ese óptimo de información AUNQUE se cause un perjuicio a la economía de los vendedores, que aceptado que siempre existirán imperfecciones en el mercado, no debemos resignarnos a que perjudiquen a los consumidores, usualmente los más desprotegidos en estas relaciones.

PUBLICIDAD: DEFINICIÓN LEGAL

Con la definición de la Ley General de Publicidad ya estamos familiarizados por un autor citado, la contiene el artículo 2, según el cual es "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servi-

cios, derechos y obligaciones". Y añade que los destinatarios somos "las personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que éste alcance".

El Estatuto de la Publicidad, de 11 de junio de 1964, derogado por esta ley, en su artículo 2, definía a la publicidad como "toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada

33. MADRENAS I. BOADAS, *Sobre la Interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Pr. Rafael Jiménez de Parga, Civitas, Madrid, 1990, pág. 79.

persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación".

La exposición de motivos de este Estatuto, en su párrafo segundo, ab initio, decía que "aunque en un sentido muy amplio, por publicidad puede entenderse toda actividad que tiene por objeto o finalidad 'hacer público' el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación, el presente Estatuto se ha dirigido de manera fundamental a regular aquellas formas de información o difusión que se dirigen de modo mediato o inmediato a favorecer y a

promover la libre contratación de bienes o de servicios".

Y terminaremos con la directiva de la C.E.E., relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, del 10 de setiembre de 1984, entiende por publicidad "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones", en su artículo 2.1.

PUBLICIDAD Y PROPAGANDA: DIFERENCIAS

Hay que admitir que los límites son difusos entre estos quehaceres, sobre todo hoy que aspectos que eran tratados con un lenguaje propagandístico, como las compañías políticas, son abordados con técnicas publicitarias. El profesor Rico Pérez aprecia que su diferencia esencial radica en que la publicidad se realiza con ánimo de lucro, mientras que la propaganda excluye "casi siempre" la idea de ganancia económica, para este autor "ello no quiere decir que no exista propaganda pagada, lo que transforma la propaganda en publicidad".³⁴

Para este autor la propaganda, considerada ampliamente, "es la técnica de influir en la acción humana mediante la manipulación de las representaciones. La publicidad puede considerarse como una expresión más de la propaganda, si bien ésta parece, en principio, referirse más al aspecto político o ideológico".³⁵

Sin embargo, a pesar de sus esfuerzos por distinguir ambas materias, termina Rico Pérez admitiendo que son términos equivalentes, sinónimos.

Las notas diferenciadoras que Pérez García encuentra entre ellas son: la propaganda tiende a extender conceptos o ideas, expande ideas o manipula representaciones, mientras que la publicidad se limita a difundir el conocimiento de un bien concreto, además añade que la propaganda suele exteriorizarse con mayor pobreza de medios que la publicidad, pues aquella actúa con base en sutiles resortes psicológicos mientras que ésta requiere un mayor soporte material, y concuerda con el autor anteriormente citado en que "no obstante estas notas distintivas, es forzoso reconocer cómo en la práctica propaganda y publicidad son conceptos de límites borrosos..."³⁶

34. RICO PÉREZ, Francisco, *La ley*, en *Revista Jurídica Española*, vol. I, 1982, Madrid, pág. 746.

35. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 745. Agrega que los dos elementos de la publicidad son difusión y conocimiento.

36. PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional de Consumo, Col. Estudios, Madrid, 1990, págs. 198-199. En su criterio la propaganda tiende a extender conceptos o ideas, mientras que la publicidad se limita a difundir el conocimiento de un bien concreto.

PRINCIPIO DE VERACIDAD

Aunque lo atinente al tratamiento de la publicidad en la LGDCU será tratado más adelante con detenimiento, mencionaremos que este principio está recogido en su artículo 8, que establece que "la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios, se ajustarán a su naturaleza, condiciones, utilidad o finalidad...", su antecedente directo proviene del artículo 8 del Estatuto de la Publicidad (ya derogado), que ordenaba que "en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos y se induzca a error", como vemos el principio de veracidad queda determinado más eficazmente en la LGDCU que en el Estatuto de 1964, porque en este último se prohibía engañar pero se podía ocultar información, características y condiciones de los productos, mientras que el texto vigente obliga a que la promoción describa fielmente el producto, "se ajuste" a él.

Este principio es soporte básico de la actividad que estudiamos, así lo entiende el profesor Bando Casado, y añade que es "el punto de apoyo para el ejercicio de la tutela de los consumidores, que no deben ser conducidos por una publicidad engañosa. La defensa de este principio se lleva a cabo... más en defensa de los propios consumidores que de la competencia, a quien también puede dañar una publicidad que contenga mensajes falseados, ya que la publicidad es un elemento diferenciador del producto que se comercializa en el mercado".³⁷ Nos adherimos a la interpretación que del ar-

tículo 8 LGDCU hace Bercovitz, para quien ese artículo no se limita a los productos o servicios en sentido estricto (sus cualidades), sino que se extiende a todos los aspectos relevantes de su adquisición por los consumidores, por suponer esta visión una mayor protección del adquirente,³⁸ ampliando el campo de aplicación del principio de veracidad.

Frente a este principio de veracidad la doctrina se ha preguntado si, en su respeto, la publicidad debe también incidir en los aspectos negativos de lo publicitado, a los que Pérez García responde afirmativamente, pues "si se ha dicho que la información que se contenga ha de ser veraz, tampoco cabe duda de que aquellos posibles defectos forman parte de ese requisito, y su ocultamiento... supondrá un grave quebranto de aquel principio..."³⁹ Como hemos visto el discurso de los anunciantes debe ser verdadero y eso debe suceder referente a las condiciones de lo publicitado, que son las que mueven a los consumidores a comprar, hay que recordar que cuando el comprador se acerca a hacer su transacción, ya su voluntad está influenciada por los mensajes, éste "dónde" se debe cumplir el principio de veracidad, nos lo explica con su metalenguaje Castilla del Pino, para él sólo se puede ser veraz acerca de las propiedades intrínsecas del producto, "hay pues, que cumplir con la ley, que ordena ser veraz, o que prohíbe el engaño, pero el mensaje debe adoptar entonces cualidades tales que hagan el producto vendible, es

37. BANDO CASADO, Honorio Carlos, *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, 2ª ed. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, pág. 85. En esta opinión lo secundan RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 751, además de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 180-181.

38. BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 183 y ss. "Ciertamente una interpretación más ceñida al texto legal y más conservadora sería aquella que limitase la integración del contrato, a falta de previa información, a 'las prestaciones propias de cada producto o servicio' en sentido estricto, (pero supone) una menor defensa del consumidor".

39. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 201. Más sobre el principio de veracidad en POLO, Eduardo, *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 49-50.

decir, que el efecto perlocucionario del mensaje, que es vender, se consiga. Nadie puede engañar acerca del megatema del discurso publicitario, porque se sabe que el propósito del

mismo es vender. Es en el rema en donde se ha de adobar el tema de forma tal que el efecto perlocucionario posea el éxito que se pretende".⁴⁰

SEGUNDA PARTE

RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

Después de los aspectos generales revisados, esta última parte está destinada a estudiar la integración publicitaria del contrato en los

tres perfiles básicos: el doctrinal, el normativo y el jurisprudencial, en este orden.

PERFIL DOCTRINAL DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

Incluso antes de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la materializara, la vinculación publicidad-contrato no había pasado inadvertida para la doctrina, y como en casi todos los ámbitos del Derecho, coexisten en ella dos posturas, la que apoya dicha relación y la que la niega, aunque hay que admitir que la primera es abrumadoramente mayoritaria. Vincular los mensajes de los anunciantes al régimen

obligatorio de los contratos tiene una importancia enorme, por varias razones, entre ellas las técnicas de manipulación usadas, como la masividad de su convocatoria, que llega a todos los sustratos sociales con una fuerza envolvente. El aporte en esta tarea del Tribunal Supremo ha sido decisivo, sirviendo de vanguardia y creación normativa, adelantándose al legislador, varias de sus sentencias.

CONTENIDO PRECONTRACTUAL DE LA PUBLICIDAD

La integración publicitaria del contrato consiste en vincular al régimen negocial todo lo que el anunciante exprese en la promoción de los productos, así, no será necesario que el empresario incluya en el texto del convenio las

descripciones que ofrece, bastará con que la publicidad las mencione, esto indudablemente provoca que el vendedor no pueda engañar al comprador ofreciéndole la luna y las estrellas en la promoción y luego firmando un contrato

40. CASTILLA DEL PINO, Carlos, *Discurso publicitario versus discurso normativo: gramática textual*, en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, págs. 121-122. Agrega que "esto requiere una estrategia discursiva peculiar, a través de la cual se pretende inducir que el (supuesto) valor derivado del uso del producto se convierte en (efectivo) valor del usuario mismo".

escueto, desprovisto de ventajas o cualidades pregonadas en los folletos, eso sucedía a menudo sobre todo en materia de vivienda, donde las casas, los chalets y apartamentos eran publicitados con detalles lujosos, como aire acondicionado, insonoración, piscina privada, estacionamientos privados y otras ventajas, sin embargo estos lujos luego no aparecían en el texto negocial, burlando legítimas expectativas creadas con los anuncios.

Algunos autores, tal vez menos audaces que el mismo Tribunal Supremo Español,⁴¹ ubican la relevancia negocial de la publicidad en la fase precontractual, pero no por ello le restan eficacia configurativa, así por ejemplo Cuesta Rute afirma que el mensaje publicitario es idóneo para "preconfigurar" el contenido de la contratación principal, y añade que su mayor importancia residirá en las descripciones del mensaje, y coloca a los elementos sugestivos en la esfera de influencia psicológica, irrelevante para el Derecho.⁴²

En este momento precontractual, en el que las partes no han perfeccionado el convenio, la doctrina se plantea un problema interesante: ¿Qué sucede si el consumidor advierte contra-

dicciones entre la publicidad y el contrato?, ¿puede exigir la suscripción del negocio pero con los contenidos publicitarios?, ¿puede el empresario rechazar entonces el negocio? Obviamente el consumidor puede desistir del negocio y adquirir el bien o el servicio en otra empresa. Pues bien, Font, que plantea el cuestionamiento en estos términos, responde que el consumidor "ofertualmente engañado" puede plantear el cumplimiento de la propuesta publicitaria, para este autor este mecanismo permite incluir la publicidad, también en la "antesala" del negocio, o sea, en las tratativas.⁴³

En un reciente estudio, publicado en 1990, Pérez García ubica la publicidad como el principal vehículo informativo precontractual, por dos razones básicas: su enorme poder de difusión y la manipulación implícita en el mensaje publicitario, y por estar "todavía muy alejada de las fases más próximas a la perfección del contrato", considera que solamente posibilita el comienzo de la "andadura precontractual".⁴⁴

Lo importante, sea el lugar del iter contractual que quede ubicado, es que la publicidad configure el régimen prestacional, para que el consumidor quede protegido de los posibles abusos.

EFICACIA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD

Hay que reconocer la visión que autores como Manresa tuvieron de este tema, muchos años antes de que el Tribunal Supremo materializa en sentencias la integración negocial de la publicidad, sus palabras cobran un matiz casi premonitorio, en su opinión la jurisprudencia debía actuar con "cierta rapidez" para que los

consumidores que "movidos de semejantes atractivos contratan, no sean burlados..., por lo que el anunciante debe quedar vinculado con todo aquel con quien concertare libremente sobre el objeto por tales medios anunciados, respondiendo en todo a las condiciones de cualidad, destino, rendimiento y bondad, en

41. Equivalente a la Sala de Casación costarricense.

42. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, pág. 147. "Ciertamente la publicidad favorece la presunción del consentimiento de lo que en el mensaje se expresa, con consecuencias inmediatas sobre el objeto del consentimiento".

43. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 75 y ss. "De este modo es posible mantener que el contenido de la publicidad además —y antes de— integrar el contenido obligacional del 'contrato celebrado' integra... la oferta contractual, y, en verdad, todo el iter contractual".

44. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, págs. 201 y ss. "La publicidad únicamente posibilita el inicio de la andadura precontractual".

suma, del producto indicado, aunque expresamente con él no lo haya pactado".⁴⁵

El objeto de integrar publicitariamente el contrato tiene varios propósitos, entre ellos tutelar la confianza que el destinatario del anuncio pone en lo que escucha, ve o lee, también obliga al ofertante a cumplir con toda su propuesta, en efecto, "todo lo que en el período de promoción de la contratación y de promoción del contrato manifieste o comunique el empresario oferente es obligatoriamente relevante y exigible".⁴⁶ Esto implica un reconocimiento del poder de la publicidad en la voluntad de las personas, de hasta dónde son motivadas muchas veces a contratar apoyando su determinación en los mensajes que han visto en la televisión, o en los folletos entregados por los empresarios, no cabe duda que la integración del contrato con lo que las agencias de publicidad proponen al público significa un gran avance en defensa de los consumidores, en defensa de la verdad negocial, y es una reafirmación de que los negocios deben basarse en la buena fe, principio este fundamental en esta materia y que abordaremos con cierto detenimiento al referirnos al Código Civil, y es que como Cuesta Rute afirma "ciertamente la publicidad favorece la presunción del consentimiento de lo que en el mensaje se expresa, con consecuencias inmediatas sobre el objeto del consentimiento..."⁴⁷

Como ya ha sido señalado por Bercovitz, al vincular al negocio las apelaciones publicitarias del vendedor se establece otra sanción para la publicidad engañosa, pues ahora el destina-

rio puede exigir todo lo prometido en ella,⁴⁸ lo que representa que el empresario debe tener cautela, y respetar el principio de veracidad, pues sus propios anuncios pueden volverse contra él en caso de fraude o intención de incumplimiento. La valoración jurídica de la publicidad cambia radicalmente, y pasa de anzuelo a cláusula contractual, tan vinculante para el anunciante como si estuviese incluida dentro del elenco prestacional.

Imponer la relevancia negocial de la publicidad desplaza el centro de gravedad del esfuerzo tuitivo del Ordenamiento, pues en las viejas leyes (Estatuto de Publicidad y Ley de Propiedad Industrial) se limitaban a simplemente "concebir y regular la publicidad como un asunto de competencia interempresarial y, lo más frecuentemente, como un conflicto de orden dominical en cuanto que sólo se tomaba en consideración la publicidad engañosa o desleal que provocaba lesiones a la propiedad industrial del empresario dentro de la cual quedaba patrimonializado el consumidor individual o colectivo en cuanto "cliente o clientela".⁴⁹ Este giro valorativo ya se había vislumbrado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1976, en la que ante el conflicto de intereses provocado por una publicidad comparativa, entre el empresario anunciante, el empresario aludido y el consumidor, el alto tribunal sostuvo que era este último interés el que debía ser tutelado preferentemente.

Prácticamente todos los autores citados han reconocido el acierto del Tribunal Supremo y algunos se han prodigado en halagos sobre

45. MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil*, T. VIII, VI, I, 6ª ed. revisada por Miguel Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967, págs. 50-52.

46. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 75 y ss. Por lo que afirma que el artículo 8.1. LGDCU (que luego citaremos) "ha querido ir bien lejos".

47. DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, pág. 147. Ya citamos esta frase en la nota 43, por su interés y agudeza.

48. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, en la misma obra compartida con su hermano Rodrigo que ya citamos. Opinión seguida entre otros por DE LA CUESTA RUTE, José María, *Las responsabilidades de las administraciones públicas por las alegaciones publicitarias de contenido financiero*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 18, año V, abril-junio, 1985, págs. 268-269.

49. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 59-60. Añade que la legislación citada "marginaba de modo escandaloso al consumidor".

su gestión en este punto, "rompiendo lanzas" en su favor.⁵⁰

Pero como casi siempre ocurre en este mundo del Derecho, no todas las voces coinciden, hay autores como Rojo, para quien el hecho de que la voluntad del consumidor sea con frecuencia el desarrollo de una decisión anterior, "tomada quizá inconscientemente por la acción de la publicidad..., no significa que la actividad publicitaria pueda traducirse como oferta contractual y ser encuadrada como tal en la teoría del negocio jurídico".⁵¹ Y Rojo se apoya en dos razones: la primera que la relación teleológica-funcional de la publicidad con la formación del contrato no elimina que, en el plano jurídico, el contrato surja solamente como consecuencia de la demanda de adquisición del consumidor o de la declaración típica del vendedor; y la segunda porque según este autor la declaración de voluntad de adquisición agota

su significado en cuanto oferta o aceptación contractual frente al vendedor en concreto.

Por su parte Gómez Segade y Lema Devesa, escribiendo sobre invocaciones publicitarias al ahorro, coinciden con las críticas al Decreto de 19 de octubre de 1973 de esa materia, pues al poner éste el énfasis en las características de los activos financieros, se destacaba que serían considerados a la hora de la contratación. Y agregan que "de esta suerte, se abre una vía peligrosa ya que se resalta la conexión de la publicidad al iter de la contratación. Dicho con otras palabras, las manifestaciones publicitarias sobre inversiones vendrían a constituir una oferta de contrato y no una simple invitatio ad offerendum".⁵² Y tras compartir su temor ante ese riesgo, reconocen que la tendencia de la jurisprudencia y la ley va en ese sentido, lo que, en su criterio, "puede producir resultados insospechados".

PERFIL NORMATIVO DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

A continuación intentaremos exponer el marco legal que la relevancia contractual de la publicidad, así como materias próximas, dispone en España.

1. Constitución Política.

Naturalmente el tema específico no es tratado en el texto constitucional, pero su contexto sí, el de la defensa de los consumidores, dispone el artículo 51 lo siguiente:

1.—Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo,

mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2.—Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3.—En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

50. CID LUQUE, Andrés, *La vivienda y los consumidores*, en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, pág. 213. Además, entre otros, las obras citadas de FONT GALÁN, RICO PÉREZ y LASARTE.

51. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 157. Hay que añadir, en justicia, que esta opinión está vertida en 1974, antes de que la jurisprudencia consagrara la relevancia negocial de la publicidad.

52. GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio, y LEMA DEVESA, Carlos, *Problemas jurídicos de las invocaciones publicitarias al ahorro*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, marzo, 1985, pág. 256. "Pero de todas maneras se abre un portillo para esta interpretación, que a nuestro juicio sólo debiera plantearse para la publicidad de bienes singulares, y no en general a cualquier publicidad, incluida la de productos de consumo, homogéneos y vendidos en masa", pág. 257.

2. La Integración publicitaria y el Código Civil.

La relación entre la materia que estudiamos y el Código Civil deviene directa a través del artículo 1258, que consagra el principio de la buena fe.⁵³ Alusión directa a este principio que hace el artículo 7.1, según el cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.⁵⁴

Es oportuno antes de analizar la relación entre buena fe e integración publicitaria, incluir aquí la observación de Lacruz,⁵⁵ según el cual el contrato ya no es el mero acuerdo de voluntades que describe, en cuanto acto creador de obligaciones el artículo 1254 C.C.,⁵⁶ sino el "complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo". Como citamos antes, esto supera la vieja equivalencia entre contrato-literalidad que lo contiene, para abrir el convenio a realidades vecinas y complementarias que quedan contenidas en el elenco prestacional. Aunque se discutió en doctrina, hoy se concuerda en que el artículo 1258 C.C. no es derecho dispositivo, o sea que las partes no pueden excluir su aplicación a través de su autonomía privada,⁵⁷ según este artículo los contratos no sólo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino además a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El profesor Jordano Barea⁵⁸ explica que las

posibilidades de heterointegración que ofrece esta norma son muchas, encontrándose en ella tres factores de integración: la buena fe en sentido objetivo, el uso en función normativa, y la ley dispositiva, atendiendo siempre a la naturaleza del convenio.

Ahondando en este principio el profesor Rico Pérez añade que la función de la buena fe consiste "en integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al contrato; de manera que los efectos que de ella se producen no dependen de esa voluntad privada solamente, sino también del criterio objetivo que esa buena fe conlleva, al igual que ocurre, en su caso, con la conducta, con los usos y con la "palabra" dada en la propaganda..."⁵⁹ En criterio de este autor la buena fe trasciende la esfera negocial para radicarse en el sitio de los principios generales del Derecho. Para el profesor Lasarte el hecho de que el artículo 1258 C.C. sea un precepto de ius cogens no implica que sus factores de integración tengan la misma potencia y agrega que la jerarquía de medios de integración debe ser como sigue: ley imperativa, ley dispositiva, usos y buena fe.⁶⁰

Normas similares al artículo 1258 C.C. contienen códigos como el francés, el italiano y el argentino,⁶¹ para terminar con este principio que sostiene desde el Código Civil español la relevancia negocial de la publicidad, citaremos a Díez Picazo, para quien la buena fe del artículo citado debe entenderse como rectitud y

53. Artículo ya transcrito en nota 20.

54. Cuyo equivalente en el Código Civil costarricense lo encontramos en el artículo 21.

55. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 299-300.

56. Artículo 1254.—El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

57. Así, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *Las condiciones generales en la nueva regulación protectora del consumidor*, en *Jornadas de Derecho y Consumo*. Concejalía de consumo, marzo, 1988, págs. 112-113. Y LASARTE, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

58. JORDANO BAREA, *ibidem*.

59. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 751.

60. LASARTE, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

61. El Código Civil francés establece que "Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Por su parte el Código Civil italiano (art. 1865) estipula que "I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano". El artículo 1198 del Código Civil argentino contempla: "Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos".

honradez en el trato; añadiendo que "supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos".⁶² Hay otros autores⁶³ que consideran que el artículo citado y su principio son los apoyos que permitieron al Tribunal Supremo, en las sentencias que más adelante estudiaremos, incluir la publicidad en la esfera negocial.

3. La Integración publicitaria y la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Las voces de la doctrina y la vanguardia jurisprudencial se convirtieron en datos normativos, dándole así entrada en varias leyes a la integración publicitaria, entre ellas tal vez la más importante sea la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, (en adelante LGDCU), por su cobertura masiva. En esta ley el artículo 8, en lo que nos interesa establece:

Art. 8.—La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2.—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.

Como vemos esta norma consagra al lado de la integración del contrato con los anuncios publicitarios, otro principio muy importante, el

de la información, sobre esta agrupación normativa Cuesta Rute sostiene que la "inclusión de las alegaciones publicitarias en el contenido del contrato supone ciertamente una efectiva coacción indirecta hacia la ponderación y exactitud de aquellas alegaciones, pero no supone un deber directo de informar. Se completa esta consideración contractual de las alegaciones publicitarias con la proscripción de la publicidad engañosa, pero con ello tampoco recaemos en el campo de la imposición de un verdadero deber informativo de contenido positivo".⁶⁴

La trascendencia de esta norma en un mundo en donde, según afortunada expresión de Rico Pérez, "lo imposible es no ser consumidor", es enorme. Estos esfuerzos normativos son parte de una política de información y protección al consumidor, que en los últimos años aumenta, "esta política parte de la base de que la actual industria de la publicidad no suministra al consumidor los criterios de decisión que él necesita para una satisfacción objetiva de sus necesidades".⁶⁵ El cinturón de normas protectoras de la LGDCU⁶⁶ viene a compensar la postura debilitada que tenían antes, cuando no eran tomados como sujetos activos del proceso mercantil-informativo.

Ahora bien, esta integración publicitaria en el marco contractual no es incondicional, ya que si en el contrato aparecen mejores condiciones para el comprador, con respecto a lo que la publicidad le ofrecía, se prioriza sic el pacto. Y por supuesto, si los contenidos puramente negociales no son más beneficiosos para el consumidor, la prestación que debe recibir se ve enriquecida con lo ofertado en la publicidad. La relación entre este artículo 8 y el artículo 1258 C.C. ya estudiado es obvia, pues lo que se tutela es la confianza que los consumidores ponen en las apelaciones publicitarias, que les conduce a contratar pensando en en-

62. DÍEZ PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, págs. 134 y ss.

63. Entre ellos y ya citados, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, GARCÍA AMIGO y BERCOVITZ.

64. DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, págs. 268-269.

65. REICH, *op. cit.*, pág. 185.

66. La expresión se la debemos a FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 59-60.

contrar, de buena fe, lo prometido en lo adquirido. Al referirse a los términos del artículo 8 (oferta y promoción) Bando Casado opina que se alude a los mensajes publicitarios,⁶⁷ o sea, aquellas instancias a comprar. El artículo 8 en su expresión "se ajustarán a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de los productos y servicios" también obliga a los redactores de los anuncios a informar a sus destinatarios, sobre los datos básicos que puedan influirlos a tomar la determinación de comprar.⁶⁸

Claramente podemos apreciar que el artículo 8 LGDCU "abre" el contrato a fuentes normativas exógenas, tan importantes en la voluntad de ambos contratantes (empresario y receptor del anuncio) que muchas veces son las que contienen la mayor parte de la información sobre el objeto del contrato, sobre todo tratándose de contratos de adhesión, que usualmente son escuetos y callan mucho de lo que deberían decir, o lo dicen con un lenguaje tan complicado que el consumidor prefiere no leer, convencido de que no entenderá nada. Por eso comenzamos este trabajo indicando que el contrato ya no es lo que era antes, en su concepción clásica, pues ahora "bebe" de otros cántaros y no sólo de la literalidad contractual, como venimos de decir, muchas veces pobre. Para Font el artículo 8.1 "ha querido ir bien lejos: todo lo que en el período de promoción de la contratación y de promoción del contrato manifieste o comunique el empresario oferente es obligacionalmente relevante y exigible. Y tal relevancia y exigencia se funda no en el contrato sino en la ley... a cuyo tenor y espíritu el contenido de la publicidad integra el contenido del contrato con el fin de proteger la confianza de los consumidores o contratantes destinatarios de los mensajes publicitarios".⁶⁹

4. Integración publicitaria del contrato en materia de seguros.

En este campo la regulación proviene del Real Decreto 1.348/85 (1 de agosto), denominado Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, que en su artículo 46, en lo que nos interesa, expone:

Art. 46.3.—Los términos de la oferta publicitaria serán vinculantes para la entidad aseguradora, a tenor del artículo 8 de la LGDCU; no obstante, si el contrato celebrado contiene cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta o publicidad.

Como vemos en realidad lo que el legislador hace es repetir la norma, podría parecer redundante, pero siendo la integración publicitaria materia novedosa y viniendo a evitar abusos en un campo tan proclive a ellos como el de los consumidores, no nos parece que sobren las disposiciones similares. A partir de este artículo toda la publicidad "ingresa" en el contrato de póliza, enriqueciéndolo. Y en este campo las aseguradoras son especialmente inclinadas a prometer y encandilar al destinatario,⁷⁰ con publicidad que prometen seguro "contra todo riesgo", dando la impresión de que realmente el contratante queda protegido de todas las calamidades posibles.

5. Integración publicitaria del contrato y vivienda.

En lo que nos interesa y de manera introductoria citaremos el artículo 47 de la Constitución Política:

Art. 47.—Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condi-

67. BANDO CASADO, *op. cit.*, pág. 66.

68. Así, BERCOVITZ, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 60.

69. FONT GALÁN, *op. cit.*, pág. 75.

70. En España no existe, como en Costa Rica, monopolio estatal de venta de seguros, estando el mercado atomizado por numerosas empresas privadas.

ciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La tutela de los intereses del consumidor en esta materia está justificada, en palabras de Rico Pérez, "porque el tráfico inmobiliario ha adquirido en los últimos tiempos unas características innegables de oferta en masa, y contratación generalizada (contratos de adhesión), mediante la utilización de las más modernas y avanzadas, depuradas, fórmulas de publicidad. En segundo término, porque a efectos de comprar y vender no se puede distinguir los bienes para limitar la operación".⁷¹ La regulación en esta materia específica llega con el Real Decreto 5.151/89, del 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que expone en su artículo 3.2 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".

Sobre la duplicidad de normas podríamos decir lo mismo que en el apartado anterior, y a pesar de ella, la doctrina se inclina más por bienvenir este tipo de redundancias, punto en el que coincidimos.⁷²

6. Integración publicitaria del contrato y ahorro.

En esta materia nos interesa hacer una aclaración y definir la llamada "publicidad de inversiones". Para lo primero usamos las palabras de Gómez Segade y Lema Devesa, para quienes "en ocasiones se reduce el tratamiento de las invocaciones publicitarias al ahorro a las realizadas por intermediarios financieros, principalmente bancos y cajas de ahorro. Pero en realidad dichas invocaciones también pueden ser realizadas por empresarios que actúen en otros sectores económicos. Se invita a "invertir" no en activos financieros, que sería lo que apropiadamente se denomina inversión, porque se trata de bienes productivos, sino en bienes inmuebles que, aunque no sean productivos, pueden ser objeto de plusvalías o revalorizaciones interesantes para el ahorrador".⁷³

Seguidamente citamos el artículo 1 del Real Decreto de 19 de octubre de 1973, sobre publicidad de determinadas inversiones, para el que la publicidad de inversiones es "toda actividad publicitaria que implique una apelación al ahorro público mediante la divulgación, por cualquier medio de comunicación, destinada directa o indirectamente a dirigir la atención hacia inversiones y en la que se dé cuenta respecto al pasado o se mencione, ofrezca o garantice para el futuro una determinada rentabilidad, plusvalía o liquidez..."

PERFIL JURISPRUDENCIAL DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

El papel de la jurisprudencia española en esta materia ha sido decisivo, de hecho cuando los primeros fallos que acogían la integra-

ción publicitaria llegaron, no había ninguna norma que expresamente la regulara. La primera sentencia, que aunque no se refiere a este

71. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 749. "Por consiguiente, los bienes inmuebles corporales hay que situarlos dentro de la esfera de protección al consumidor".

72. Entre otros, los citados FONT GALÁN y CID DE LUQUE.

73. GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA, *op. cit.*, pág. 250.

punto directamente, pero alude aleatoriamente el efecto de la publicidad en los contratos, data del 5 de enero de 1917, y su segundo considerando rezaba: "Conforme a tales preceptos —arts. 1265 y 1266 del Código— y doctrina legal reiterada es manifiesto que significando el error un concepto equivocado o juicio falso sobre la materia en que recayó el consentimiento, siendo en tal sentido una apreciación de mero hecho al determinar su existencia por la facultad privativa reservada por la ley al juzgador de instancia; y habiéndose declarado en la sentencia tal error, por la apreciación en conjunto y análisis de todas las pruebas practicadas, en cuanto no se ha acreditado la emisión de serie de aquellas obligaciones... reservadas al banco recurrente, para su colocación en España, según anunciaba las circulares y prospectos publicitarios para conseguirlo..." (Los artículos aludidos regulan la nulidad del consentimiento por error).

Y no fue sino hasta 1976, en fallo del 14 de junio, que nuestro tema campea claramente en la jurisprudencia, siendo ponente el magistrado Antonio Cantos Guerrero. El juicio versaba sobre la venta de una máquina industrial para la producción de aceite de pescado, cuya publicidad prometía un rendimiento en aceite de pescado de 2.000 a 2.300 litros por hora, alegando el comprador que su rendimiento real era de 1.150 litros por hora.

Mientras la empresa solicitaba parte del precio no satisfecha, el comprador pedía se le cambiara la máquina por otra que se ajustara a la publicidad y se le compensara el lucro cesante. En primera instancia el adquirente pierde el juicio en todos sus extremos, apelado dicho fallo la Audiencia Territorial de Madrid confirma la resolución en cuanto a que el pago debe completarse, pero estima la contrademanda y condena a la empresa a lo siguiente: cambiar la máquina vendida "por no ser la contratada, al no ajustarse a las características y rendimientos objeto del contrato", entregando una que responda a las promesas publicitarias. Interpo-

ne casación la empresa, que es declarado sin lugar por el supremo atendiendo a que "el incumplimiento del contrato por parte del vendedor no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica... que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor..., oferta por la que se guió el comprador, sin que afecte al caso lo que diga, en cuanto a su rendimiento, la placa unida a la máquina que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder, ya que aquél se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda, oferta que no ha sido cumplida".

Como vemos el supremo eleva la publicidad a rango de propuesta contractual, vinculando sus afirmaciones al esquema obligacional. Otro detalle importante es que la propaganda tiene más valor incluso que la información técnica adherida a la misma máquina, lo que podríamos entender extendido a los folletos técnicos, explicativos de funcionamiento, garantías, dotaciones y capacidades. Apreciamos que la sentencia tutela el ánimo del comprador influido por la publicidad, al confiar en sus alegaciones, en efecto, el consumidor llega al contrato prácticamente con gran parte (si no toda) la información que le interesa ya suministrada por los anuncios. Entonces incumplir lo prometido en la publicidad es "incumplimiento de contrato", y legitima al destinatario a reclamar puntual y totalmente lo expuesto en la publicidad.

El segundo fallo que citaremos ha sido el más trascendental e influyente en la materia, y ha sido comentario de ilustres y capacitados autores,⁷⁴ nos referimos a la decisiva sentencia del 27 de enero de 1977. El juicio trata el caso de la venta de un piso o apartamento de lujo, negociado mediante escueto contrato de adhe-

74. Como los trabajos citados aquí, de LASARTE, RICO PÉREZ y FONT.

sión, la publicidad de la inmobiliaria prometía (y los planos constructivos también), agua caliente, aire acondicionado, garaje, cafetería, hotel, sala de reuniones, guardería, lavandería, todo esto en exclusiva para los vecinos, además se prometía un apartamento insonorizado. Pero el apartamento entregado distaba de eso: el agua caliente era insuficiente, no había insonorización, el aire acondicionado eran los huecos en las paredes para la posterior instalación por cuenta del cliente, la azotea quedó en cubierta, los salones de reuniones, sala de juegos, comedor, lavandería, cafetería, quedaron convertidos en una cafetería solamente, que encima estaba abierta al público, el desagüe de la piscina era inoperante, los garajes se vendieron por separado, y la planta primera, que inicialmente debía ser garajes, fue comercializada para locales.

El comprador alegaba haber instado al cumplimiento en muchas oportunidades, y pedía en su petitoria que su apartamento fuera dotado de todo lo prometido en la publicidad, como agua caliente, piscina adecuada, insonorización, aire acondicionado, y por lo que ya no fuera posible estructuralmente cumplir, se le indemnizara. La empresa alegaba cumplimiento de contrato, diciendo que había "dotado" al edificio de las instalaciones necesarias para los servicios reclamados, pero que éstos debían ser luego contruidos por la comunidad de vecinos. Rechaza la acción en todos los extremos. El juez de primera instancia le da la razón al comprador en sus reclamaciones básicas, interpuesta apelación, la Audiencia Territorial de Madrid confirma el fallo pero limitando las obras a completar el aire acondicionado y la insonorización, rechazando lo demás. Ante esto el comprador interpone recurso de casación alegando su legitimación para reclamar, calidad que la instancia le había negado para atribuirle al presidente de la comunidad de vecinos.

La demandada también interpone recurso, en el que alega que "un folleto de publicidad no

es un contrato y para que a nadie pueda caberle ninguna duda sobre su carácter, se hace constar expresamente en el mismo y en forma harto visible, que dicho folleto no constituye documento contractual. Y no puede olvidarse, en modo alguno, que los artículos 1256 y 1258 C.C.⁷⁵ hablan de contratos y no de otra cosa. No cabe duda de que tales folletos de propaganda influyen, en principio, en el ánimo del futuro comprador, pero no hasta el punto de considerarles artículo de fe, que lo que vale y obliga a las partes es lo que expresamente figura en el contrato, y dos cuestiones tan fundamentales como eran las de insonorización y aire acondicionado, debió exigir, al comprar el apartamento, que constasen expresamente en el mismo... Obligar, pues, a mi representada a tener que dar más y distinto de lo contratado sobre la base de un folleto de propaganda, que en modo alguno constituye ni puede constituir un documento contractual, fundamentando dicha obligación en el contenido de los artículos 1256 y 1258 del C.C., supone una clara infracción por aplicación indebida de tales preceptos... Está claro que a tenor de dicho contrato, nunca debieron entenderse comprendidos en él cosas que no figuraban en el mismo, máxime cuando ni en la parte expositiva ni en ninguna de las trece estipulaciones se dice para nada que la insonorización (de la que no se habla) tenga que tener un abrumador número de decibelios, ni tampoco que la instalación de aire acondicionado (que tampoco se menciona) haya de llevar el complemento de un aparato de refrigeración".

Pero a pesar de estos argumentos, el supremo concede razón al comprador, comienza el magistrado ponente reconociendo que el contrato firmado es de adhesión y que en él la descripción de servicios de los adquirentes es muy somera, motivo por el que los compradores se atenían a la publicidad. Luego destaca que dicha publicidad se ajustaba a los planos constructivos de la empresa. Constata luego el supremo por el dictamen pericial que existen

75. El 1258 ya fue citado. Mientras que el artículo 1256 C.C. establece: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

las deficiencias alegadas. Y articulando la empresa su recurso en que cumplió el contrato sin ser vinculantes para ella los folletos de propaganda, el alto tribunal desestima ese argumento porque "siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico... que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe..., al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa".

Esto en cuanto a nuestro tema, pues la sentencia también es importante al establecer que el recibo de llaves no equivale a la aceptación plena del apartamento, así como que el copropietario está legitimado a demandar, en cuanto a elementos comunes. Pero eso es materia de otro costal.

Pueden apreciar que tal y como anunciamos la sentencia es trascendental, establece que el hilo que une publicidad y contrato es el principio de la buena fe, así como que la publicidad tiene carácter pleno de propuesta contractual, sin que pueda luego el empresario eludir lo allí planteado. Para Lasarte el fundamento del fallo reside en el hecho de que el contrato "era de por sí insuficiente para determinar con precisión las obligaciones relativas a la sociedad constructora". Este autor resalta "la funcionalidad del artículo 1258 C.C. por encontrarse en él los criterios de integración del contrato..."

Es de notar la importancia que los dos últimos fallos citados tienen en materia de defensa de los consumidores, no sólo como coacción a los empresarios a respetar el principio de veracidad, sino que ahora los compradores pueden reclamar lo que la publicidad les promete. Para Font este fallo es un "audaz golpe de timón" y coincidimos en eso, y agrega que esto impone "una muy distinta valoración jurídica de las declaraciones, manifestaciones o comunicaciones publicitarias engañosas..."⁷⁶

Terminamos en cuanto a esta sentencia refiriéndonos a las advertencias que usualmente contienen los folletos publicitarios, en cuanto a que no tienen valor contractual. Para el profesor Clavería el asunto plantea la posibilidad de desplazar mediante la autonomía de la voluntad la operatividad el artículo 1258 C.C. En su criterio ese artículo no es derecho dispositivo, entonces si el comprador es seducido por la publicidad, aún con la advertencia, opera la integración publicitaria del convenio.⁷⁷

Citaremos enseguida la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1980, pues aunque no alude directamente a la publicidad, sí a un principio estrechamente ligado, el de la buena fe. En este expediente se condena al vendedor de un apartamento de playa a disminuir el precio, pues luego de prometerle al comprador panorámicas vistas de mar, construyó en su frente tapándole dichas vistas. Y este elemento había sido clave en las tratativas para incrementar el precio del apartamento. Ante el incumplimiento que significaba edificar en el terreno delantero del comprador, el tribunal expuso que "en toda relación jurídica... lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a buena fe, en una determinada situación, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella por la sencilla razón que... la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza".

En esta coherencia de comportamientos aludida es que ubicamos a la publicidad, como promotora de la confianza mutua, en este caso la confianza que nos interesa destacar es la del

76. FONT GALÁN, *op. cit.*, pág. 84.

77. Así respondió el profesor CLAVERÍA GOSÁLVEZ ante pregunta del público en las Jornadas de Derecho y Consumo ya citadas.

comprador, porque es él quien confía en los anuncios. La tutela de la confianza creada por la publicidad es el motor que mueve esta resolución.

En nuestra siguiente sentencia se estudia el caso de una urbanizadora que en lugar de traspasar a los compradores de apartamentos la piscina y las zonas verdes, tal y como prometía su publicidad, se las cedía a otra empresa. Entonces el Tribunal sopesa la influencia que la publicidad tuvo en los compradores a la hora de contratar, en cuanto a lo que ellos consideraban el objeto del convenio, y en su fallo de 9 de febrero de 1981, usando el artícu-

lo 1282 C.C.,⁷⁸ compele a la empresa a traspasar las áreas litigiosas a sus compradores.

Sobre la última sentencia que citaremos, es necesario destacar que no pertenece al Tribunal Supremo, sino a la Audiencia de Granada, pero es muy importante pues sigue la línea de las ya mencionadas. En su II considerando se lee: "En la hoja informativa o de propaganda que se puso a disposición del comprador demandado... se expresa claramente que el piso que se ofrecía en venta había de reunir determinadas características constructivas, información que vincula al vendedor y que debe ser considerada como parte del contrato..."⁷⁹

CONCLUSIONES

La primera conclusión que deseamos destacar es la posibilidad de extender este procedimiento de integrar publicitariamente el convenio, a otras materias que no sean viviendas,⁸⁰ creemos que la doctrina de las sentencias citadas, especialmente la de 27 de enero de 1977, puede ser trasladada a otros ámbitos comerciales, prácticamente a todos los que usan publicidad para motivar la adquisición. Esto se convierte en instrumento útil para determinar la responsabilidad del fabricante, quien no es usualmente quien comercializa directamente el producto, pero lo promociona a través de los medios publicitarios.

Otorgando relevancia negocial a la publicidad se conmina a los empresarios a extremar la cautela y a velar por la veracidad en sus anuncios, porque ahora más que una "simple" denuncia por publicidad engañosa, podrían verse confrontados por una demanda de in-

cumplimiento contractual, donde se les obligue a cumplir lo publicitado, entonces, si fueron generosos con sus exageraciones, podría ser cuantioso el costo del cumplimiento. Por otra parte la integración publicitaria tiene influencia notable en temas como las condiciones generales de los contratos y los contratos tipo o de adhesión, que suelen ser muy escuetos y secos a la hora de detallar los derechos y servicios correspondientes a los consumidores, pues estas condiciones y estos contratos, se "amplían" tanto como la publicidad de las empresas lo haga. Las ventajas para los consumidores son evidentes, pues la publicidad se apoya en ofrecer, en seducir prometiendo o exhibiendo ventajas y beneficios, a veces irresistibles.

La jurisprudencia en este sentido está consolidada, e influye toda la escala valorativa del esquema negocial, desde la fase precon-

78. Artículo 1282.—Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

79. Fallo citado por FONT GALÁN, *op. cit.*

80. En este sentido sigo la opinión de RICO PÉREZ y BERCOVITZ, Rodrigo, en sus obras ya citadas.

tractual, hasta la etapa de cumplimiento o incumplimiento; ahora incluso puede ser más útil estudiar los folletos de propaganda que el mismo contrato, y por supuesto el consejo a todos los consumidores debe ser que conserven toda la publicidad que caiga en sus manos sobre objetos que vayan a comprar, porque lo que están guardando es material prestacional

vinculante para el empresario si en la confrontación con el contrato los beneficia.

Con instrumentos normativos y jurisprudenciales como los citados, España se pone junto a las vanguardias más audaces de Europa en materia de protección a los consumidores, y obviamente modelo digno de ser imitado por otras legislaciones.
