



INTEGRACIÓN DE PUBLICIDAD EN EL CONTRATO Y MENSAJES DE LA WEB DEL FABRICANTE*

*Angel Carrasco Perera***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 30 de noviembre de 2018

Hay una propensión de las CCAA a considerar cláusula (abusiva) lo que no puede ser cláusula contractual siquiera. Un mensaje promocional web que gestiona la veracidad de la publicidad ofrecida no es una cláusula abusiva por infracción del art. 61.2 LCU

La web de una empresa fabricante de automóviles, a la que denominaremos AUREA, realiza una serie de declaraciones promocionales y publicitarias, más otras indicaciones de hecho, pero que sustancialmente consisten en advertir al cliente de la posibilidad de que estas informaciones estén desactualizadas o sean erróneas. Se reseñan luego estos mensajes. El órgano competente de consumo de una Comunidad Autónoma inicia un procedimiento sancionador por entender que se imponen por AUREA cláusulas abusivas, en concreto, la del art. 87.6 LCU, por hacer renunciar al cliente el derecho de que la publicidad se integre en el contrato conforme a lo dispuesto en el art. 61.2 LCU. Todo el procedimiento nos resulta un disparate, como se verá.

No tiene sentido calificar como cláusula abusiva un mensaje publicitario, salvo que la abusividad pretendida contenga una metacláusula consistente en hacer renunciar al cliente los derechos que le reconocen expresamente las leyes consumeristas (art. 86.7 LCU). Decir que un contexto de información contiene cláusulas es una forma muy particular y bárbara de hablar que tienen por común las CCAA. Que el mensaje no

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

** <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



puede ser “cláusula” en el sentido legal se prueba en que este mensaje web no está llamado a integrarse nunca en el contrato final, e incluso, de pretenderlo, sería una aspiración ridícula.

Pero vamos al discurso de la web de AUREA.

Estas declaraciones tienen un fin exclusivamente informativo / no por sí sólo la lectura de este mensaje constituye relación comercial.

No existe ninguna contradicción entre este mensaje y el art. 61.2 LCU, como resulta evidente de su simple lectura. El precepto legal parte de la existencia de un contrato, y determina en consecuencia que ese contrato se integra también con la publicidad, aunque no esté incorporada al tenor del acuerdo escrito u oral. Pero el art. 61.2 no dice ni podría decir que la simple lectura de la publicidad comporta la existencia de contrato. Sería, además, una pretensión absurda, porque entonces existiría un contrato implícito de compra de un vehículo AUREA con todos los que estuvieran en condiciones objetivas de leer – no se sabe si lo habrán hecho- las condiciones promocionadas en la web de la firma.

En consecuencia, al margen de la existencia de contrato, la publicidad no puede tener otro contenido que el suyo que le es propio, el simplemente informativo. Tampoco se contiene en el *disclaimer* de la firma ninguna otra exclusión. No dice el mensaje que la información promocionada no pudiera ser empleada eventualmente por el cliente para sostener que ha sufrido un error en la compra. Todo esto está fuera del mensaje, es Derecho común, en el que el mensaje no entra. Éste se limita a decir lo obvio: para que haya contrato, es preciso dirigirse a un concesionario y concertar la compra. Entonces ya se aplicarán las normas legales oportunas, como el art. 61.2 del TRLGDCU.

Los precios finales que aparezcan en este sitio web son los recomendados de venta al público, siendo los precios finales los que ofrezca cada distribuidor

Si la web de AUREA no hubiera hecho esto, hubiera incurrido en ilícito de Derecho de la Competencia. Según la normativa europea de restricciones verticales de la competencia, el principal no puede imponer en las relaciones verticales con su distribuidor un precio mínimo o máximo, ya que la libertad de precios es una reserva de libertad empresarial del distribuidor.

No podía haberse operado de otra forma. El comprador debe saber que el precio de compra no es un dato que pueda ser rastreado ni por la web de la firma ni tampoco por la de sus concesionarios, pues este precio se ajusta verbalmente en la negociación final. En



todo caso, es en la web del concesionario donde el cliente debe buscar, como por cierto todo automovilista sabe.

No hay, por ende, ninguna infracción de consumo. Una cosa es el mandato del art. 61.2 LCU y otra bien distinta que el contrato de compraventa – que se celebra con el distribuidor- tenga que integrarse con el contenido de la publicidad de un sujeto distinto del vendedor.

Se hacen los mayores esfuerzos por AUREA para que sus mensajes web se encuentren debidamente revisados antes de su publicación

En esta parte del mensaje no puede existir ilícito, evidentemente. Se podría reargüir, en contrario, y haciendo un juicio perverso de intenciones, que AUREA hace esa información para “rebajar” el rango de sus compromisos, por si llegara el caso de que estos contenidos publicitarios llegaran a estar no debidamente revisados antes de su publicación. Una inferencia perversa podía querer tirar de este argumento para sostener que de hecho AUREA ya sabe que, si existe “divergencia” entre mensaje y contrato, la va a sufrir el comprador, y por eso “se disculpa” con esta cláusula de realización (nada más) de los mejores esfuerzos.

Pero esta argumentación *in malan partem* sería insostenible desde exigencias de buena fe. Y especialmente comportaría una presunción larvada de culpabilidad que es incompatible con el Derecho sancionador.

Pero no se puede evitar que la web contenga erratas, por lo que la firma aconseja a los clientes que estén atentos a las posibles rectificaciones o modificaciones de la web y que en caso de duda utilicen accesos directos.

Tanto si este mensaje se lee aisladamente como en el contexto genérico resulta evidente, salvo que hagan juicios de intenciones en contra de la buena fe, que este pasaje no contiene nada ofensivo del mandato del art. 61.2 LCU.

El contenido informativo del documento publicitario no puede ser eterno. Sería absurdo que el art. 61.2 de la ley vinculara al empresario a perpetuidad a las declaraciones que una vez realizó en la web, incluso para los contratos que celebre en un futuro mediano o lejano. Lo que vincula al profesional es el contenido de la web que el cliente de buena fe tuvo presente en el momento razonablemente cercano a aquel en el que toma su decisión de compra.



Tampoco el art. 61.2 impone al empresario la esclavitud de que cargue incondicionalmente con los riesgos del error en su mensaje. Repárese que el art. 61.2 no impide al profesional que actúe mediante la correspondiente *declaración pública impugnando* el contenido de su publicidad. De hecho, no se trata de impugnar el contrato como tal (por error), sino la publicidad, que de suyo no es un contrato. Que ello es así debe concederse con que se repare sólo en un extremo que es cierto y que AUREA no ha negado ni puede negar, a saber, que, si un mensaje publicitario contiene un error *que el cliente no hubiera podido advertir por sí sólo actuando de buena fe*, la firma está vinculada con ese cliente *que contrata contando con esa publicidad*. Pero no con el resto de clientes que contratan con AUREA después de que la publicidad hubiese sido corregida en la web.

Finalmente

La jurisprudencia civil, abundante, que ha interpretado el art. 61.2 LCU o sus precedentes es constante en que este precepto no puede amparar la mala fe del cliente. Actúa de mala fe el cliente que reclama el contenido de una publicidad en la que no podía legítimamente confiar, por ser encomiasta o fantástica, y el cliente que tiene la posibilidad de cerciorarse antes de la compra de que el concesionario le está ofreciendo unas condiciones distintas de las de la web. El cliente que adquiere un vehículo visita de hecho una pluralidad de marcas y *nunca determina exclusivamente su voluntad de compra* por lo que lee en una web que no es la del concesionario en el que compra.

En cualquier caso, esto que se dice reza en general, pero ni siquiera es aplicable a nuestro caso, ya que el *disclaimer* de AUREA ni siquiera roza la norma imperativa que se dice infringida.

Como cláusula, no puede ser abusiva, porque el “mensaje” no impone ninguna restricción de derechos ni obliga al cliente a prestación alguna ni se aparta de un modelo legal dispositivo que pudiera servir de estándar de legalidad. De hecho, no puede ser siquiera cláusula a integrar en un contrato, porque no tiene ninguna pretensión de vinculación.