

*Dos a dos y callabas<sup>1</sup>*  
*o Ensayo sobre derecho y mercado*

**y** no querrás pasar, Lázaro, sin que te cuente la increíble y triste historia del caso X, de la que podrás trocar rectamente alguna enseñanza ventajosa. Concédele de primero a mis manos reconocerte el rostro y así he de verte: largo tiempo ha del pilón de la Escalona, donde decidieras despedirnos. No he dado asiento al rencor en estos años y antes, en no pocas ocasiones, he sentido contrito el ánimo y afligido el corazón, todo al rumiar la suerte que hubiera sido para mi sobrino Lázaro, por si el viajar conmigo no hubiera resultado de provecho bastante: lumbre para que sus ojos vieran por los míos la fortuna, bálsamo para que su olfato reconociera los infortunios de la vida de los hombres para luego espantarlos. De todos estos desvelos bien pudiera haberme descuidado. Porque, si te tuve por mozo inocente, supiste por fin más que el Diablo, tú prudente y discreto, obediente a mis avisos. Yo, roído del camino y la inclemencia y la soledad, que no cesaban, todo cogido siempre con gran fatiga y ya lo sabes, saciado de la vida famélica del devocionario por la limosna, acerté a ser acogido por un *frailón* que gobierna un hospicio en la villa de S., donde hice establecimiento seguro de una y otra cosa. Luego pasó todo este tiempo. A la sazón oí de tu historia, que en todas partes se dice con deleite mas las veces con un nombre que no es el tuyo, pero en el que yo siempre he de reconocerme. Me acomodé de nuevo al camino y me dispuse hasta tu casa. Deja que mis manos revelen tu gesto, concédeme esa merced, si no para el regocijo de tu viejo tío, sí por misericordia con un ciego viejo. Acércate... Sí, tú eres Lázaro y de mis consejos has hecho vida de profecía.

Presento el compendio del cuento. El ya conocido como escándalo X, por el trucaje por su fabricante de cientos de miles de productos con infracción de las normas de prevención medioambiental y otras vinculadas, obliga a considerar la eficiencia de los distintos remedios de tutela que nuestro derecho concede a los consumidores en tales casos, ante la constatada ausencia de una actuación correctora por parte de las autoridades públicas, a las que les incumbe la supervisión y ordenación del mercado en garantía de una competencia efectiva, de modo que se favorezca el progreso económico y se beneficie al consumo y los consumidores. Todo para descubrir que, en el contexto de nuestra economía de mercado, atendida la debilidad de las acciones que pueden entablar los consumidores finales y comprobada la intermitencia de los controles públicos, solo los empresarios pueden procurar, mediante la fiscalización razonable de la conducta de sus competidores, un grado de cumplimiento normativo suficiente que permita alcanzar aquellos objetivos. Visitaré lugares comunes -solo hay novedad en los clásicos- y entonces diré más.

Algunos conceptos clave. Productos defectuosos. Ineficacia e incumplimiento del contrato. Daño contractual y extracontractual. Prueba pericial. Economía pública y

---

<sup>1</sup> ANÓNIMO, Lazarillo de Tormes, Anaya, 2004, Comentario ÁNGEL BASANTA, p. 15: “Respondió el sagacísimo ciego: ¿Sabes en qué veo que las comiste de tres a tres? En que comía yo dos a dos y callabas”.

actividad empresarial. Competencia desleal. Engaño, vulneración de normas y daño. Práctica conscientemente paralela.

Los hechos. Un Agente público de control medioambiental extranjero detectó, en toda una serie de productos altamente complejos, fabricados en masa y distribuidos internacionalmente, la instalación y empleo de un ingenio que permitía que, si el producto era sometido a análisis, ocultara su nivel de contaminación real. Estos productos de consumo eran de origen europeo, especialmente representativos de su industria del sector secundario. Tratándose de una parte del mercado en el que los productos están sujetos a condiciones de verificación cada vez más estrictas en materia de prevención medioambiental, la treta permitía que superasen los controles de este género, de modo que, como resultado final, se lograba la comercialización de productos que infringían esa disciplina imperativa, mientras el fabricante afirmaba, amparándose en el resultado de esos procesos, que sus productos respetaban la normativa medioambiental. Y, además, esas condiciones del producto parecían vinculadas a su potencia y nivel de consumo de energía, características principales según su naturaleza, así como al cálculo de las tasas e impuestos a los que el producto podía estar sujeto. Descubierto el embuste, el fabricante pactó en el extranjero el pago de una multa astral, cuya mimetización en otros mercados habría comprometido la viabilidad de su propio negocio. Por el contrario, en la Unión que nos cobija solo últimamente se cuestionó a algunos Estados por su pasividad ante el suceso. En nuestro caso, la Administración cooperó con el fabricante para suministrar a los usuarios del producto información cumplida sobre las condiciones en que podía ser reparado, aparentemente, sin merma de sus prestaciones.

Ahora y por fin el repertorio. Consideraremos los remedios de tutela frente a productos defectuosos que concede la legislación a los consumidores. Abordaremos después la distinción de las distintas categorías de ineficacia contractual con posible incidencia en la cuestión y la determinación de una eventual indemnización por incumplimiento contractual. Analizaremos la posición de la Administración y su eventual responsabilidad, lo que también nos servirá de inflexión para tratar la cuestión desde la perspectiva del derecho de competencia, subsumiendo los hechos en un posible acto de engaño y, también, en un ilícito concurrencial por vulneración de normas, ahondando en las consecuencias indemnizatorias en uno y otro caso y los instrumentos facilitadores de la indemnización que allí operan.

Desde aquí y en adelante he de hablarte prestamente, sin ceremonia, porque tampoco pretendo agotar la cuestión. Procúranos para la charla de alguna vianda gustosa. Manda a tus hijas, escucho desde aquí su cascabeleo, que nos atiendan bajo ese emparrado cuya sombra tiento con las narices. Adviérteles a fin de que para ese menester no empleen suertes de cantina, que eso sería cosa de la que lamentarse por impropia, ni oído ni visto, de casa principal. Tomo asiento.

### ***Tutela frente a productos defectuosos***

En el derecho privado son los remedios impugnatorios y los indemnizatorios. Los primeros son, si pensamos en contratos y como nos han enseñado nuestros tratadistas más elementales<sup>2</sup>, los que se desprenden de las distintas categorías de ineficacia del contrato, cuyo sentido general es el de la ausencia de producción de los efectos que con él se perseguían o que de él usualmente se desprenden. Ocurre, ya lo he dicho, que de acuerdo con la categoría de ineficacia de que se trate o de la clase de irregularidad que se examine, nos tropezaremos con una u otra disciplina o normativa a

---

<sup>2</sup> cfr. DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil Vol. II, Tecnos, 9ª edición, p. 102.

aplicar. Existe un riesgo, como CARRASCO explica<sup>3</sup>, que es el de confundir entonces remedios impugnatorios, retorciendo acaso los presupuestos de unos para alcanzar los efectos que determinan los otros. Un mismo supuesto jurídico, claro, bien puede resultar un complejo preñado de facetas. Pero verás que la admonición del autor cobrará relevancia cuando nos centremos en la necesidad de buscar un derecho para la solución del caso. A su vez, los remedios indemnizatorios tienden a reestablecer el equilibrio económico perturbado por una intromisión ilícita, medible en términos económicos, tanto en una esfera contractual como extracontractual. En el caso se impone, primero y según creo, la necesidad de considerar los hechos desde la óptica de una disciplina particular, que es la que se ha dado para proteger a los consumidores frente a las patologías de los productos de consumo.

Para profundizar en la uniformidad del mercado común, quiso el legislador europeo blasonar un modelo de responsabilidad de carácter objetivo del fabricante por los daños causados por productos defectuosos, que no tomara en consideración su culpa en la generación del daño, pero que interviniera, también, como mecanismo de socialización del riesgo empresarial<sup>4</sup>. ¿Qué hace eso de la Directiva 85/374/CEE<sup>5</sup>? Para PARRA LUCÁN, una solución de compromiso, nacida de la tensión entre el auge de la litigación por daños punitivos en el mundo anglosajón y la constatación de la insuficiencia de nuestro sistema para dar respuesta a este tipo de problemas<sup>6</sup>. Se entiende perfectamente lo que dice a la vista de los *Considerando* de la norma: se quería con ella que el aseguramiento de un nivel adecuado de protección al consumidor no comprometiera el correcto funcionamiento, la sostenibilidad, del mercado europeo, es decir, de sus agentes<sup>7</sup>. Tengamos esto bien presente en lo sucesivo. Porque, lógicamente, la Directiva modeló la anatomía de nuestras reglas de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, que participan entonces de sus insuficiencias y siguen sin dar respuesta a alguno de sus principales interrogantes. Esas reglas son las del RDL 1/2017 (TR) en sus arts. 128 y ss. Sigamos.

---

<sup>3</sup> CARRASCO PERERA, A., Derecho de Contratos, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010: “No debe propiciarse ninguna propuesta de sincretismo de otras patologías contractuales, porque entonces los remedios jurídicos devienen un magma indiferente a los matices, con peligro de la seguridad jurídica”.

<sup>4</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Aporías y distorsiones en el carácter objetivo de la responsabilidad civil por productos defectuosos”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2014, Aranzadi, 2014.

<sup>5</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

<sup>6</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., “Responsabilidad civil por bienes o Servicios defectuosos” en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2<sup>a</sup> edición, 2015, p. 1845.

<sup>7</sup> “Considerando que, teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas de la mayoría de los Estados miembros, no es conveniente fijar un límite financiero a la responsabilidad objetiva del productor; que, sin embargo, en tanto que existen tradiciones diferentes, parece posible admitir que un Estado miembro modifique el principio de la responsabilidad ilimitada estableciendo un límite para la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o las lesiones corporales causadas por idénticos artículos con el mismo defecto, siempre que este límite se establezca lo suficientemente alto como para que queden asegurados la protección del consumidor y el correcto funcionamiento del mercado común”.

¿Un producto dotado de un ingenio para burlar los controles de homologación es un producto defectuoso? Plantear cualquier otra cuestión exige dar respuesta, primero, a este interrogante. Y no es algo sencillo. Porque esas reglas no están dadas desde un primer concepto de producto, sino de delimitación de los daños susceptibles de indemnización. Por el daño indemnizable llega este legislador al producto susceptible de causarlo. La tipología de daño impondrá después un concepto de defecto. Así es en los dos primeros preceptos de esa regulación específica. El art. 128 reconoce al consumidor el derecho a ser indemnizado por el daño sufrido a resultas del defecto del que adolezca el producto de que se trate pero, a modo de clave del sistema y participando de las dudas de interpretación que resultan del art. 13 de la Directiva cuyo contenido reproduce<sup>8</sup>, sin interferencias con la eventual responsabilidad contractual del fabricante, fundada en la falta de conformidad del producto o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato o de la responsabilidad extracontractual que pudiera proceder. En el derecho, usualmente y ya lo verás, el sentido pleno de un “*sin perjuicio*” exige ser entendido como si de un “*con perjuicio*” se tratara. En este precepto introductorio, pese a su ausencia aparente, el aroma de ese “*sin perjuicio*” es embriagador. Por su parte, el art. 129 ya identifica dos especies de daño: personales -lesión, muerte- y materiales -siempre extraños al daño en el propio producto, así también en el art. 142<sup>9</sup>-. Todo eso contamina, muy visiblemente, la definición de defecto que establece a su vez el art. 137, que para dotar de cuerpo al concepto se asienta sobre una suerte de binomio defecto-seguridad. Entonces seguridad condicionada por un previo concepto de daño. Entonces seguridad en términos de las solas especies de daño relevante para este sistema de protección, tan parcial<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En el TR: “*Artículo 128. Indemnización de daños. (...). Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar*”. Y en la Directiva: “*Artículo 13. La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva*”.

<sup>9</sup> Recuerda GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)”, *Diario La Ley*, Nº 7859, Sección Doctrina, 16 de Mayo de 2012, p. 10: “*Tal exclusión de los daños sufridos por el propio producto defectuoso fue impuesta en su día por el art. 9.1.b) Directiva comunitaria 85/374 y ha sido posteriormente reafirmada por las autoridades europeas como un aspecto que conviene mantener: así lo declaró de forma explícita el segundo Informe de la Comisión Europea de 2001, y la misma impresión se deriva, más veladamente, tanto de su tercer Informe del año 2006 como del cuarto y último de septiembre de 2011 que, amén de no postular ninguna reforma al respecto, omiten la más mínima referencia al tema —limitándose a recordar que dicha Directiva cubre «los daños causados a un objeto de uso o de consumo privado que no sea el propio producto defectuoso»— y prescinden de incluir la cuestión en el catálogo de aquellas más controvertidas a las que se prioriza en el proceso de periódica evaluación de la Directiva 85/374/CEE (LA LEY 1943/1985) con miras a su eventual modificación en el futuro*”.

<sup>10</sup> En el TR: “*Artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en*

Cuesta por eso salvar el primer obstáculo para el encaje del caso en esta disciplina. ¿El defecto que hemos descrito afecta a la seguridad, siendo subsumible entonces en ese binomio legal? En términos muy vagos, supón, de lesión al medio ambiente por los excesivos umbrales de contaminación que se generan con su uso. Susceptible entonces de causar un daño de especie personal, porque el estado general de ese medio condiciona la salud pública, pero daño indirecto en cualquier caso. Una ensoñación, nada. Pero asumamos aquí tú y yo que el producto puede, según sus condiciones, ser clasificado legalmente como un producto defectuoso para estas reglas específicas. Descubrirás después que las galerías de esta regulación nos conducen, de forma recurrente e insatisfactoria, al mismo punto de partida, que es el que sirve para expulsarnos de ella. Y de ahí, Lázaro, resulta la auténtica medida de aquel “*sin perjuicio*” que bien pudiera haberse empleado en la redacción del primer precepto de este sistema.

Porque, ¿qué daño sería entonces indemnizable? La especie de daño personal sufrido a resultas del caso que más fácilmente podría invocarse, eso creo, sería la moral. El fraude no ha provocado, no me consta, lesión personal de otro género. Y, también, una lesión patrimonial, no por la depreciación del producto adquirido, sino porque ya en origen era menos valioso de lo que se pagó por su adquisición.

Sobre el daño moral, ya el art. 9 de la Directiva permitía la reparación de esta clase de daño, de acuerdo con las especiales reglas de responsabilidad que preveía, si el legislador nacional asimilaba la protección de su especie en su sistema<sup>11</sup>. Pero, ya lo has visto, nuestro art. 129 no menciona este tipo de daños entre los que ampara este régimen especial. Los daños morales no se conciben como daño personal susceptible de protección. Existe una contraposición entre daño personal e inmaterial ¿Y qué respecto de esos otros daños específicamente patrimoniales? Los derivados de un incumplimiento contractual, que el art. 128 del TR, por conexión del art. 13 de la Directiva, expulsa de la regla. O los extracontractuales, tanto da. Como los morales, todos parecen abocados a la misma respuesta evasiva<sup>12</sup>. Si aceptas, como hemos acordado, que nuestro producto es defectuoso, ¿cómo explicar entonces que este producto no causa daño al consumidor de acuerdo con las reglas específicas de indemnización por productos defectuosos? En este ámbito del derecho no está reconocida la regla *ex re ipsa*, como teoría del resarcimiento del daño, que sí ha sido dada de manera uniforme, por ejemplo, para tutelar daños como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial<sup>13</sup>. Contrasta también la solución indemnizatoria que este sistema reserva con la largueza de oportunidades que se conceden a los consumidores ante la prestación defectuosa de un contrato en otros sectores de la actividad económica, en los que, por ejemplo, se ha producido un tratamiento tan automatizado y objetivado del daño moral que incluso se amparan reclamaciones consecutivas, bajo lo que parece un mismo y solo y redundante concepto indemnizatorio<sup>14</sup>, que es de especie moral. Los criterios de oportunidad política en uno

---

*cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”.*

<sup>11</sup> En la Directiva: “Artículo 9. A los efectos del artículo 1, se entiende por «daños»: (...). El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales”.

<sup>12</sup> cfr. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., op. cit., p. 1888.

<sup>13</sup> Por todas, STS (1<sup>a</sup>), de Pleno, nº 541/2012, de 24 de octubre de 2012, Ponente: Antonio Salas Carceller.

<sup>14</sup> Así en el R(CE) nº 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los

y otro caso se revelan insondables, pues la aplicación práctica de esas medidas no produce un impacto económico precisamente menor para los agentes que intervienen en ese sector del mercado<sup>15</sup>.

Solo una parte minoritaria de nuestra doctrina alude a la posibilidad de superar la literalidad de estas reglas, con apoyo en la disciplina comunitaria, para reconocer la posible indemnización de los daños morales causados por los defectos de un producto, de acuerdo con el principio de indemnidad frente a los defectos de cualquier producto que parece querer concederse a los consumidores y cuando al amparo de la Directiva podían haber sido incluidos en las previsiones de nuestra Ley<sup>16</sup>. Pero lo cierto es que no lo fueron, mientras la Directiva reconocía la compatibilidad del sistema en materia de responsabilidad por productos defectuosos con otros remedios del derecho nacional. Son muy excepcionales los pronunciamientos judiciales que resarcen al consumidor por los daños psicológicos sufridos tras la adquisición de un producto de consumo<sup>17</sup>.

### ***El proceso como frontera***

Así que el régimen de protección del consumidor frente a productos defectuosos le aligera de la carga de probar la culpa del productor, que se presume (art. 139). Incluso diluye los límites derivados del principio de relatividad de los contratos, para extender la legitimación pasiva frente a reclamaciones del consumidor perjudicado a los proveedores de productos (art. 146). Pero en supuestos como el que traigo aquí, el sistema nos empuja a buscar soluciones en otra parte. Por lo estricto del concepto de defecto y, también, por la exclusión del daño moral como concepto indemnizatorio. Y debe haber defecto. Y debe haber daño. No acaban aquí nuestros problemas. Agotado el planteamiento del marco sustantivo, considera los problemas procesales que igualmente entrañan estas reglas. Porque tampoco rigen aquí principios facilitadores de la indemnización, de carácter nítidamente procesal. Sin instrumentos facilitadores de la prueba del defecto y del daño, que se exigen al consumidor, las reglas de indemnidad o de derecho al pleno resarcimiento quedarán huecas en los escenarios más complejos.

Mira otra vez a PARRA LUCÁN cuando por dos veces analiza<sup>18</sup> la STJUE (4ª), de 20 de noviembre de 2014<sup>19</sup>. En el caso se cuestionaba, entre otros extremos, si el art. 13 de la Directiva, ya lo has visto, debía interpretarse en el sentido de si producía alguna relación de interferencia respecto de la normativa alemana que, si existen indicios que

---

vuelos, en su aplicación dada por la SAP Madrid (28ª), de 20 de marzo de 2015, analizada por ALFARO, J., Almacén de Derecho en fecha de 27 de abril de 2015 “Conceptos indemnizatorios en caso de retraso de vuelos: daños ex Reglamento 261/2004 por retraso vs. daños Morales”.

<sup>15</sup> *A sensu contrario*, “Las aerolíneas ahorran cada año 900 millones por falta de reclamaciones”, La Vanguardia, 15 de febrero de 2016.

<sup>16</sup> cfr. GÓMEZ POMAR, F., AZAGRA MALO, A., RUIZ GARCÍA, C. A., “Límites de responsabilidad y responsabilidad de cuantías”, Tratado de responsabilidad civil del fabricante, SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ POMAR, F., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 663-669.

<sup>17</sup> Con apoyo en las derogadas LGDCU 26/1984 y la Ley 22/1994 de responsabilidad por productos defectuosos, puede verse la SAP Murcia (3ª), nº 215/2005, de 8 de septiembre de 2005, Ponente: Juan Martínez Pérez, en la que se acordó la devolución parcial del precio e indemnización en concepto de daños morales por el trastorno de ansiedad sufrido por el comprador de un vehículo debido a las averías aparecidas de forma inmediata a la adquisición, compilada por ERVITI ORQUÍN, E., Daños al consumidor y quantum indemnizatorio, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 140-141.

<sup>18</sup> cfr. PARRA LUCÁN, Mª A., op. cit., p. 1852 y “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad existentes en el momento de su notificación”, Revista CESCO, 7 de enero de 2015.

<sup>19</sup> STJUE (Sala 4ª), de 20 de noviembre de 2014, asunto C-310/13, “Novo Nordisk Pharma”.

avalen el nexo causal entre un producto farmacéutico y el daño que se dice sufrido por un consumidor a resultas de su utilización, reconoce al perjudicado el derecho de reclamar información al empresario, toda la que disponga acerca de los efectos del medicamento, primarios o secundarios o interacciones con otros productos. Pero esta disposición nacional excluye el derecho de información del usuario perjudicado si los datos solicitados revisten carácter confidencial en virtud de la ley o cuando esa confidencialidad resulte de un interés predominante del empresario o incluso de un tercero. Se trataba al fin y al cabo de delimitar la convivencia de las reglas de la Directiva con la existencia de regímenes nacionales y especiales de responsabilidad. Al parecer existían indicios de que los defectos en un producto farmacéutico podían ser la causa de los daños sufridos por un ciudadano alemán y, del mismo modo, la información resultaba necesaria para el planteamiento de una acción indemnizatoria. Para nosotros es muy relevante el razonamiento y la respuesta del Tribunal, cuando aduce que “*el derecho de un consumidor a reclamar al fabricante de un producto información sobre los efectos secundarios de este no forma parte de los aspectos que la Directiva 85/374 regula, por lo que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la misma*”. Es cierto que después el Tribunal reconoció la compatibilidad del régimen de responsabilidad previsto por la Directiva y de los objetivos que pretende salvaguardar el legislador europeo con la concesión de otros derechos por el legislador nacional. Pero lo relevante es que el legislador europeo no ha dado esos derechos de acceso a la información, ni una interpretación jurisprudencial *ultra activa* los ha descubierto en la Directiva. Entonces, si no era estricto objeto de la cuestión pero aquí con invocación concreta de la disciplina específica en materia de responsabilidad por productos defectuosos y a la luz de ese pronunciamiento, no se reconoce ni se desprende ningún derecho autónomo, ni amplio ni restringido, de acceso a la información empresarial, de búsqueda de vestigios suficientes sobre el origen de los defectos de los que pueda adolecer el producto por cuya adquisición y utilización, nexo causal, el consumidor ha sufrido un daño.

En el caso del legislador español, no creas que la ausencia de ese reconocimiento particular se suple con el recurso a la regulación procesal general. El Tribunal Supremo dio una interpretación restrictiva acerca del carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares susceptibles de práctica para la preparación de un proceso, de modo que solo deben considerarse como tales las establecidas expresamente en el art. 256 LEC o en leyes especiales<sup>20</sup>. Son menos las veces en las que, asumiendo esa doctrina, se ha procurado una interpretación flexible para comprender entre los ordinales del precepto cualquier tipo de situación más o menos subsumible en ellos, todo con ánimo de permitir la preparación de un proceso<sup>21</sup>. Otras veces se ha aludido al carácter necesariamente subsidiario de la petición, lo que interviene también y por el contrario como un criterio de interpretación restrictiva del ámbito de aplicación posible de este mecanismo procesal<sup>22</sup>. En definitiva: las diligencias sirven para preparar una demanda,

---

<sup>20</sup> ATS (1ª), Rec. 20/2002, de 11 de noviembre de 2002, Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

<sup>21</sup> A AP Valencia (7ª), nº 141/2015, de 1 de julio de 2015, Ponente: Pilar Cerdán Villalba. En el mismo sentido, pueden verse los acuerdos para unificación de criterios de los Magistrados de la Secciones Civiles de la AP Madrid de 23/9/04 quienes, reconocido el carácter *numerus clausus* del precepto, sentaron la procedencia de practicar una interpretación flexible y extensiva de los ordinales que allí se contemplan.

<sup>22</sup> AJM nº 1 de Barcelona, nº262/2016, de 20 de octubre de 2016, Ponente: Amagoia Serrano Barrientos.

no para *preconstituir* prueba. Encontraríamos entonces, por esta vía, grandes dificultades para acceder a información sensible relacionada con las características de un producto, determinantes de su carácter defectuoso. El acceso a esta información por la ruta de la tutela cautelar o preparatoria de prueba tampoco resultaría sencilla. En la práctica de nuestros juzgados se dan auténticas soluciones de compromiso entre la general capacidad de acceso a la información que obre en poder de la contraparte y la protección del secreto empresarial<sup>23</sup>, todo en análisis de una regulación compleja y perpleja. Compleja porque, ante la ausencia de un tratamiento nítido de la cuestión, debe asumirse el esfuerzo de interpretar un marco legal, nacional, comunitario e internacional, preñado de inflexiones. Perpleja porque, pese a que con carácter de derecho fundamental se reconoce el acceso a la fuente de prueba, también en el proceso civil ha de concederse protección al haz de conocimientos, experiencias y secretos que integren el núcleo de la actividad empresarial de su titular y sean determinantes de su competitividad o posicionamiento en el mercado.

Pero, aun así, podemos encontrar vestigios que nos permiten elaborar una teoría, en este punto estamos, para facilitar la prueba de defecto y daño y nexo de causalidad. Se trata de reorientar la perspectiva procesal desde la que contemplamos el caso. Para ello hay que despreciar la importancia del daño sufrido. La atención que reclama este fundamento de la acción confunde lo más importante. Tampoco habría que prestar una atención excesiva a la propia prueba del defecto de fabricación, lo que relacionaríamos a su vez con el nexo causal y tendríamos los otros dos presupuestos de la acción. Se trataría en cambio de centrar los esfuerzos probatorios en la falta de seguridad o la potencial puesta en riesgo de la salud que se experimente con la utilización del producto, como determinantes de la categoría relevante de defecto que es origen de todo lo demás<sup>24</sup>. En realidad, lo anterior supone una invitación a recurrir a la prueba de presunciones para la prueba del defecto, recurso que no es desconocido para nuestra jurisprudencia, pero circunscrito a la destrucción del propio producto como causa del daño<sup>25</sup>.

Entonces, resulta incontestable que el proceso es un límite añadido para la aplicación de esta concreta disciplina. ¿Cuál es entonces la mejor solución al problema? Considera, por prudencia, que aún deberíamos indagar sobre otros remedios específicos de los que se dan a los consumidores en su disciplina particular, confiando encontrar allí un acomodo tuitivo suficiente para la discusión del caso.

#### ***Falta de conformidad del producto***

Te hablo de una solución impugnatoria privada y de otra sancionatoria de carácter público. Insistiré a continuación en la primera, porque queda en manos del

---

<sup>23</sup> Es una resolución especialmente valiosa, por tratarse de un pronunciamiento poco acostumbrado y por el análisis minucioso del marco jurídico aplicable al caso, desde la LEC y la LCD hasta los ADPIC, el AJM nº 7 de Barcelona, de 23 de noviembre de 2016, Ponente: Raul N. García-Orejudo, que acordó el carácter parcialmente reservado de lo actuado en un juicio ordinario en materia de competencia desleal, en atención al contenido sensible para el tráfico de una de las partes de la información aportada para la elaboración de un dictamen pericial.

<sup>24</sup> Para NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., “La prueba del defecto cuando el producto defectuoso desaparece” en La prueba judicial, ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., Y RICHARD GONZÁLEZ, M., La Ley, 2011, pp. 1382-1388, se trata de enfatizar que el defecto es la falta de seguridad, no el concreto defecto de fabricación del que pueda adolecer el producto.

<sup>25</sup> Así dialoga con el anterior autor HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El régimen de prueba en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos” en La prueba judicial, ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., Y RICHARD GONZÁLEZ, M., La Ley, 2011, pp. 1405-1410, con análisis de las SSTS 21/2/03, 23/11/07 y 30/4/08.



consumidor. Se trata de la acción por falta de conformidad del producto con el contrato. Fíjate que la legislación de consumo, art. 114 TR, asume un principio de conformidad del bien vendido, para situarlo como eje central de la regulación de las garantías postventa<sup>26</sup>. Podría pensarse que esto dice poco, dado que eso es ya de por sí un elemento nuclear de todo contrato traslativo de dominio de acuerdo con la corriente onerosidad de su causa, *ex art. 1274 CC*. Pero precisamente de lo que se trata es de ofrecer, en un mercado que se sostiene por el consumo individual en masa, un régimen específico de protección al consumidor en su condición de tal, que invite a superar lo menos perfecto de los regímenes más arcaicos con los que estas reglas conviven. En nuestro caso, esta regulación desborda las previsiones del codificador en materia de saneamiento por vicios y defectos ocultos (arts. 1484 y ss. CC) y se superpone a las generales en materia de incumplimiento de contratos (arts. 1101 y 1124 CC)<sup>27</sup>.

La redacción del art. 116 TR sobre la diferente tipología de las eventuales faltas de conformidad del producto es prometedora para nuestro caso<sup>28</sup>. Porque parece que cualifica una mera imperfección del producto para remediar una quiebra de las expectativas generadas al consumidor durante su adquisición. Respecto de ese último apunte, deberíamos esforzarnos por diferenciar esa categoría del inopinado cambio en la toma de decisiones económicas por el consumidor, que fundamenta el derecho de desistimiento que igualmente se le reconoce en el TR (arts. 102 y ss.). La primera facultad estaría fundada en la existencia de un defecto, la segunda se ubicaría sistemáticamente en el ámbito del derecho de información. Retomando la redacción del precepto, las dos primeras letras del apartado primero contemplan dos criterios de determinación de la falta de conformidad del producto claramente aplicables al caso. El primer supuesto es el de la inadecuación del producto a las descripciones del vendedor. El segundo es el de la inidoneidad del producto para los usos que le sean generalmente propios.

Sin embargo, veamos que este alentador itinerario para las reclamaciones de nuestro consumidor se ve sorprendido por nuevos obstáculos. En primer lugar, respecto de la falta de adecuación del producto a las descripciones del vendedor, surgen dificultades de orden sustantivo y de orden procesal. Considera que, dada la naturaleza del producto en nuestro supuesto, para su adquisición el consumidor habrá visitado normalmente un establecimiento del productor -o vinculado al productor en régimen de franquicia o distribución, tanto da- donde, a la vista de un modelo del producto, se habrán ensalzando sus cualidades. Cuesta poco imaginar que entonces se destacaron características como el consumo de energía, la potencia y, también, su nivel de contaminación. En cualquier caso, forman parte de sus especificaciones técnicas más elementales. Descubierta el embeleco, resulta palmario que el producto al menos faltaba a una de esas características principales descritas, la última. Bien. Pero es más cierto

---

<sup>26</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., "Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo" en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición, 2015, p. 1651.

<sup>27</sup> *ibid.*

<sup>28</sup> "Artículo 116 Conformidad de los productos con el contrato. 1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable: a) Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo. b) Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo".

que el mismo productor, con auxilio de la Administración Pública competente y a través de los canales de comunicación de esta, se afaná en ofrecer a los consumidores una solución gratuita para la patología detectada, que restablecía de forma rápida y segura la total conformidad del producto, sin que ello produjera cualquier otra mácula. ¿Puede el consumidor resistir esta solución? Las acciones para este régimen específico son las previstas en el art. 119 TR<sup>29</sup>. Y la interpretación más asequible de este precepto obliga al consumidor a aceptar la reparación del producto cuando cualquier otra alternativa podría ser considerada como desproporcionada o injustificadamente gravosa para el productor, como parece el caso dada la aparente sencillez de la solución que se propuso al defecto. Restaría al consumidor -de nuevo la expulsión del sistema- el derecho que le reconoce el art. 117.2 TR, de instar una reclamación por daños y perjuicios derivados de este incumplimiento. Otra vez, poca cosa.

A su vez, los obstáculos de carácter procesal son los que resultan del plazo de extensión de la responsabilidad por conformidad en el art. 123 TR. Porque este régimen no considera la obligación de conformidad del producto en términos o según una lógica contractual, ese plazo ha sido interpretado como de garantía<sup>30</sup>. La solución parte de un equívoco dogmático del legislador que, nuevamente, no parece inocente. Al plazo de garantía bianual del primer apartado del precepto, se suma el plazo trienal de la acción por falta de conformidad, siempre que esta se hubiera expresado en los términos que la norma prevé. Pero sea como fuere, el *dies a quo* del cómputo del plazo de la acción es la fecha de entrega del producto. Entonces lo que ahí sucede es que el plazo de garantía incluye el de expiración de la acción y que, tanto el defecto como la reclamación, deben acaecer e invocarse en un plazo prácticamente uniforme y breve. Sin obviar las dificultades sustantivas que ya he examinado, si de procurar una disciplina tuitiva al consumidor se trata y cuando con ese ánimo deben interpretarse este género de disposiciones, en lo estrictamente procesal el caso parece exigir que en la aplicación de la norma se acepte, como solución uniforme, la de que la fracción temporal del plazo de la acción por falta de conformidad que excede del plazo de garantía, no comience a correr sino desde que la acción pudo ser ejercitada, esto es, cuando se manifestaron ante el consumidor las causas que determinan la falta de conformidad del producto, si presumiblemente esa falta de conformidad está relacionada con las condiciones originales de entrega. De este modo, al consumidor siempre le asistiría un mínimo plazo anual para reclamar la conformidad del producto. ¿Una solución más sencilla? Se trataría de distinguir mejor entre los plazos de garantía y de prescripción. Así, la falta de conformidad debería producirse dentro del plazo que prevé el TR, con la salvedad ya señalada, de posible manifestación posterior de una disconformidad original. De este modo se discriminarían las auténticas faltas de conformidad -que ontológicamente debían ya encontrarse presentes en el momento de comercialización del producto- de cualquier degradación posterior sobrevenida, sin responsabilidad del fabricante. Pero, si es posible identificar la patología como originaria y cubierta por el plazo de garantía, la reclamación subsiguiente debería poder producirse desde que el consumidor tuvo

---

<sup>29</sup> “Artículo 119 Reparación y sustitución del producto. 1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada”.

<sup>30</sup> Así en la SJPI nº 12 de Valladolid, núm. 291/2016, de 25 de octubre de 2016, Ponente: Ignacio Martín Verona.

conocimiento cabal del defecto y pudo ejercitar la acción, es decir, en toda la extensión del plazo de prescripción de la acción<sup>31</sup>.

Hasta aquí bien has podido notar que estas soluciones especiales que el sistema reconoce a los consumidores ven mermado su vigor, claramente, como resultado de una política legislativa calculada para la contención de los riesgos económicos que deben soportar -y provisionar engordando sus costes de producción, incrementando los precios que debe satisfacer el adquirente final y comprometiendo acaso la propia viabilidad del productor en caso de efectiva lesión- los fabricantes de productos de consumo.

Resta por examinar, tal y como anuncié, un segundo supuesto de falta de conformidad del producto y, también, aquello que he dado en identificar como una medida sancionatoria de carácter público. Si no tienes inconveniente, daré paso al siguiente capítulo de esta historia, donde sabré hilvanar -o eso me propongo- los dos bosquejos que habrás de retener en el seso, pues los abandono brevemente.

### ***Lo contractual y lo extracontractual***

Censuré que el régimen en materia de responsabilidad por productos defectuosos está dado aparentemente como norma de reenvío, para dirigir la mayor parte de las reclamaciones de los consumidores lesionados al ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. Aunque en ocasiones se han apreciado vicios de congruencia respecto de resoluciones judiciales que recurrían indistintamente a uno u otro régimen para fundar pronunciamientos de condena, aquí tanto da, más allá de las consecuencias que pueda tener invocar una u otra disciplina desde el punto de vista de la prescripción de acciones. En cualquier caso, la jurisprudencia de la Sala Primera ha asumido de un modo razonablemente uniforme la doctrina de la unidad de culpa civil. Si bien cabe distinguir la procedencia de aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad, pese a la existencia de relación obligatoria previa, según dónde haya sido causado concretamente el daño (en lo pactado o fuera de lo pactado aunque haya acaecido con ocasión del cumplimiento de lo pactado), el Tribunal Supremo reconoce la existencia de “*zonas mixtas*” si puede apreciarse un incumplimiento contractual que causa daños a bienes necesitados de especial protección, como la indemnidad personal, que son objeto de un deber de especial cuidado<sup>32</sup>. Distinguiré ineficacia del contrato e incumplimiento contractual, asimilable a un ilícito extracontractual por la especie de daños que se desprendan de él. Rápido.

Para el caso, de entre las distintas categorías de ineficacia del contrato, considero hipotéticamente aplicable la nulidad del contrato de adquisición por error del consumidor respecto de las características esenciales del producto adquirido. Los presupuestos para la invocación de la figura son harto pacíficos y han sido aplicados de forma recurrente durante los últimos años para la declaración de nulidad, fundamentalmente, de contratos bancarios<sup>33</sup>. Ocurre que, porque la doctrina ha sido dada especialmente en ese tipo de casos, el punto de partida en la aplicación reciente de la figura es el de reconocer una asimetría informativa y unas especiales obligaciones de

---

<sup>31</sup> Bastaría con traer aquí la doctrina de la *actio nata*, que la Sala Primera ha hecho servir de manera razonablemente extendida en muchos otros supuestos, así en la STS (1ª), núm. 196/2014, de 2 de abril de 2014, Ponente: José Antonio Seijas Quintana, en la que se apreció, nada menos que por vía de error judicial, la quiebra en la aplicación de esta misma doctrina dada para el caso de lesiones corporales.

<sup>32</sup> vid. STS (1ª), núm. 251/2014, de 30 de mayo de 2014, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo, con cita de las SSTs de 22 de diciembre de 2008 y 31 de octubre de 2007.

<sup>33</sup> Por ejemplo, en las SSTs (1ª), núm. 199/2017, 197/2017, 196/2017, 194/2017, 192/2017, 191/2017...

información que aquí no se reproducen explícitamente, de modo que resultaría dudosa la trasposición al caso de algunos hitos fundamentales en materia de cargas probatorias sobre condiciones de comercialización y presunciones derivadas de la falta de acreditación de esas circunstancias. Aunque no es menos cierto, aludí a ello en algún momento, que el TR también aborda la regulación del derecho de información del consumidor, de modo que pueden apreciarse, en cualquier caso, obligaciones particulares del fabricante de suministrar información bastante al consumidor sobre las características del producto que adquiere. Tú ya sabes todo lo demás. Que el error debe recaer sobre la cosa objeto del contrato o sobre lo que hubiera dado lugar a la celebración, es decir, que sea esencial. Que no sea imputable a quien lo invoca. Que exista relación causal entre error y el fin económico que pretendía alcanzarse. Que el error pueda disculparse, teniendo en cuenta lo que pueda ser asumido como un comportamiento medio en el mercado.

Aquí el consumidor creía estar adquiriendo un producto con una característica determinada, su nivel de contaminación medioambiental, que no era tal. Y se trataba de una falsa representación de la característica amparada por la información suministrada por el productor. Desde aquí, lo hipotético de la aplicación al caso de la doctrina del error comienza a resultar una vía de difícil solución práctica. ¿Se trata de una característica esencial del producto? Es cierto que en el mercado puede advertirse una creciente presión administrativa (ayudas para la renovación, tasas y restricciones a la libre utilización), que convierte a las características medioambientales de este tipo de productos en algo cada vez más relevante. ¿Esta falsa representación determinó la formación del consentimiento contractual del consumidor? ¿En qué manera lo hizo? Y por último una cuestión no menos espinosa: ¿a qué escenario nos abocaría la estimación de la pretensión de nulidad? Porque el efecto generalmente aceptado en nuestro sistema llegado el caso es el de la restitución recíproca de prestaciones en el art. 1303 CC, ¿cómo podría el consumidor satisfacer las obligaciones de restitución del producto en su condición original? ¿Dice algo al caso la regulación de la causa torpe en el art. 1306 CC?

Aporta soluciones más eficaces considerar el caso desde el régimen de responsabilidad por incumplimiento contractual (al que ya he entendido asimilable en una medida bastante el de responsabilidad extracontractual por daño). Un incumplimiento cualificado relacionado con la falta de conformidad del producto y otro incumplimiento al uso, susceptible de generar daño patrimonial y moral. El primero lo abordamos ahora, el segundo un poco más tarde.

Una de las tipologías de falta de conformidad del producto previstas en el TR, que ya enumeré, guarda similitud en su contenido, que no en los efectos que pueda determinar su invocación, con una solución de la disciplina general de obligaciones y contratos para el caso de un incumplimiento contractual esencial, relacionadas con una aberrante falta de utilidad del objeto vendido. Con la doctrina *aliud pro alio* pretenden remediarse, eludiendo las reglas de caducidad propias del saneamiento por vicios, aquellos supuestos en los que se entrega una cosa distinta a la pactada, que además resulta inútil para el uso al que el objeto iba a ser destinado, de forma que se frustra la finalidad perseguida por el contrato<sup>34</sup>. Se trata entonces de distinguir qué alteración de

---

<sup>34</sup> vid. STS (1ª), núm. 218/2005, de 4 de abril de 2005, Ponente: Román García Varela. Pero su apreciación es excepcionalísima y no puede invocarse con ocasión de una insuficiencia en el producto de que se trate que únicamente provoque una insatisfacción subjetiva del comprador, así en la STS (1ª), de 2 de septiembre de 1998, Ponente: Pedro González Poveda.

características es tan intensa como para provocar la aplicación de la regla<sup>35</sup>. En nuestro caso, la sola instalación del ingenio para burlar los rigurosos controles medioambientales a los que debía ser sometido no convierte el producto en otra cosa distinta. O sí. Descubierto el chisme, el producto podía continuar siendo empleado por sus adquirentes de acuerdo con la finalidad económica para la que fue adquirido. Pero solo porque la Administración así lo permitió. Recuerda los hechos del caso. El fabricante obtuvo, con la instalación de ese sistema infractor y con utilización de ese sistema infractor, la homologación del producto en el mercado europeo, de modo que desde entonces fuera posible su comercialización y utilización por los consumidores según su naturaleza. Entonces, al menos hasta la nueva homologación general y revisión técnica particular de cada unidad de producto comercializada, ¿no podría la Administración haber prohibido la utilización de los productos afectados por la patología? Perfectamente. Y ahí tienes tu entrega de cosa diversa, como motivo para la interposición de una demanda por incumplimiento esencial del contrato de compraventa.

### *Administraciones Públicas y economía*

Excurso. Solo el más agudo de los estrategas habría dado con el más audaz de los itinerarios procesales posibles. Atacar la pasividad de la Administración implicada, combatiendo la ausencia de un pronunciamiento que prohibiera la utilización de los productos infractores. El recurso frente a un acto administrativo omisivo, para luego abordar la inidoneidad civil del producto. Que nuestra Ley de la Jurisdicción Contenciosa admite, art. 25.2, el recurso contra la inactividad de la Administración. Porque un auténtico control de la actividad de la Administración no ampara una delimitación distinta de la actividad administrativa impugnada. Así, una última etapa doctrinal y jurisprudencial pone de manifiesto, a su vez, la posibilidad de instar reclamaciones patrimoniales contra la Administración por su inactividad en materia de prevención medioambiental<sup>36</sup>. Desprecia el buen o mal fin de este intento, que no es lo sustancial: un jurista dispuesto para el asalto merece la desconfianza más deferente y el temor más cumplido.

Si te parece traigo ahora aquí, antes de abordar una última revisión de lo que puede dar de sí la aplicación al caso de las soluciones contractuales, una reflexión a propósito de ese otro remedio sancionatorio de carácter público previsto en el TR. Porque el último razonamiento debe hacernos considerar el papel de la Administración no solo como árbitro económico, sino también como un agente que, incluso participando por omisión en la economía, puede convertirse también en un agente contractual, al menos indirectamente. Que la conducta de la Administración delimitará al menos el contexto en el que el desempeño contractual debe medirse o interpretarse. El mercado no solo es el resultado del comportamiento de empresas y consumidores, también es el resultado de la intervención de la Administración. Y ese impacto no solo se produce cuando la Administración ejerce una actividad económica, sino también cuando se comporta, exclusivamente, como moderadora del mercado. Porque esa conducta positiva o negativa es medible en términos económicos. No se trata solo de

---

<sup>35</sup> Un pronunciamiento relevante para nosotros es el de la SAP Castellón (1ª), núm. 2/2009, de 5 de enero de 2009, Ponente: Esteban Solaz Solaz, que aplicó la regla respecto de un vehículo que había sido vendido con alteración de su kilometraje.

<sup>36</sup> Respecto de la inactividad frente a la contaminación acústica, puede verse NAVARRO AZPÍROZ, G., "Responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos por inactividad administrativa ante situaciones de ruido", Diario La Ley, Nº 7709, Sección Tribuna, 5 de octubre de 2011, Año XXXII, Ref. D-367, Editorial LA LEY.

que la economía, como lenguaje susceptible de expresar magnitudes que en principio son ajenas, sea capaz de explicarnos el derrotero de la Administración en un sentido u otro. Sino de entender que la labor de la Administración debe ser, esencialmente, la de regular la producción, el comercio y el consumo de bienes. Esa potestad es la que genera el mayor impacto que puede sufrir el mercado y, por extensión, las relaciones privadas -los contratos- que confluyen allí.

Este paréntesis es para que medites, mientras imaginas a un tiempo las consecuencias posibles para una posterior acción por incumplimiento contractual, qué hubiera sido del caso si las autoridades de consumo, alguna de entre todas las que pueblan la faz de la península, hubiera hecho uso de las potestades sancionadoras que les confiere el Título IV del TR, de forma coordinada con la regulación territorial que reproduce este régimen. En esas reglas se enumeran infracciones y se prevén sanciones para la represión de conductas que causen daño a los consumidores. Aunque el sistema está condicionado por la aplicación de las garantías propias de todo derecho sancionador estatal, que son de aplicación plena aquí comenzando por los principios de legalidad y tipicidad<sup>37</sup>, creo que no encontraríamos especiales dificultades en encajar los hechos del caso entre alguna de las infracciones que regula el art. 49 TR<sup>38</sup>, entre otras cosas porque, pese a la vigencia de esos dos principios, para la descripción de las infracciones que allí se prevén se utiliza un grado de precisión o certidumbre muy laxo. Además, también aquí encontramos un eco de la dilución del principio de especialidad en materia de responsabilidad por defecto, cuando se permite la sanción de lo que pueden considerarse infracciones en cadena con arreglo a los principios del régimen, cometidas no solo por el productor sino por todos los sujetos que, indistintamente, hayan intervenido en las fases necesarias para la puesta en el mercado de los productos<sup>39</sup>. En cualquier caso, eso último no debe diluir la necesidad de apreciar un grado de culpa suficiente -la adecuada para la comisión de una infracción administrativa, aún por simple inobservancia- en el agente de que se trate.

¿Qué decir de las sanciones que podrían haberse impuesto? Pues que merecen especial atención las medidas de carácter no sancionador que prevé el art. 51.3 TR, que tienen un sentido de policía<sup>40</sup>, pero cuyo mayor recorrido para el caso invitan a considerar frente a las que tienen sentido punitivo y no una mera apariencia sancionatoria. Porque allí se contempla la posible imposición al productor de la obligación de retirada del mercado de productos infractores cuya utilización entrañe

---

<sup>37</sup> cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., Y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Potestad sancionadora", pp. 624-634 en IZQUIERDO CARRASCO, M., Y REBOLLO PUIG, M., La defensa de los consumidores y usuarios-Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007, Iustel, 2011.

<sup>38</sup> Por ejemplo, en las letras c) y d) del art. 49.1: "(...) c) *El incumplimiento o transgresión de los requisitos previos que concretamente formulen las autoridades competentes para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones, circunstancias o conductas nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la salud pública.* d) *La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio*".

<sup>39</sup> cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., Y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., op. cit., pp. 665-675.

<sup>40</sup> cfr. VELASCO CABALLERO, F., DÍAZ SASTRE, S., Y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., "Infracciones y sanciones" Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición, 2015, pp. 629-631.

riesgos para la salud. Mira que se trata de que exista un riesgo potencial o abstracto y no un daño concreto. Para la imposición de la medida debiera observarse, en cualquier caso, un acusado sentido de proporcionalidad, pero insistiré en que no se trata de la imposición de una sanción como remedio público para *inocuizar* el daño causado, sino del desempeño de una labor de policía, que exige de la adopción de medidas para la sola *cauterización* de riesgos. La naturaleza jurídica de una institución determina todo su carácter. Entonces ese juicio de proporcionalidad no resultaría del binomio daño-sanción, sino del binomio amenaza-prevención que, según entiendo, permitiría diluir la constatación fehaciente de que se está produciendo un daño a la salud con la utilización del producto. Basta imaginar que existe un riesgo. Y la utilización multiplicada de un producto que, sin ardidés, no habría superado los controles medioambientales que permitían su comercialización y utilización, porque es más contaminante de lo que debiera, es susceptible de generar ese riesgo abstracto para la salud de los consumidores. La conclusión contraria sería la de creer que las normas de control medioambiental fijan los umbrales de contaminación posible y sostenible e inocua para toda una clase de productos de forma frívola e infundada.

### ***Incumplimiento y daño***

Otra vez lo contractual. Te hablé de un incumplimiento contractual al uso, susceptible de generar daño merecedor de indemnización.

El incumplimiento contractual es evidente. O no. De nuevo con CARRASCO cabría distinguir entre un incumplimiento “en general” -eso a lo que yo he llamado aquí “al uso”- y otro contingente, como fuente independiente de una obligación autónoma<sup>41</sup>. Para distinguir una y otra cosa, el autor pone como ejemplo, precisamente, el defectuoso funcionamiento de un bien vendido. Habrá incumplimiento del deber del vendedor de entregar una cosa con las condiciones previstas en el contrato. Pero también, explica, un deber-contingencia, que es el nacimiento de una nueva obligación autónoma del contrato -la de reparación o sustitución-, lo que no sería exactamente un incumplimiento del contrato en conexión con el art. 1101 CC. Se trata de una comparación dogmática que aturdirá a cualquier práctico del derecho. El mismo autor nos concede una solución, la de considerar el incumplimiento contractual como una categoría objetiva de falta de cumplimiento del contrato. Y a esto me sujetaré aquí.

Incumplimiento en términos objetivos. Se celebró un contrato para la adquisición de un producto con unas especificaciones técnicas concretas y se entregó un producto que no las reunía. A partir de aquí deberías considerar la esencialidad de ese incumplimiento y los daños que puedan derivarse de él. ¿Qué es un incumplimiento esencial y grave en el contrato de compraventa? Uno que frustre las expectativas contractuales de la parte compradora, suficiente para justificar la resolución del contrato<sup>42</sup>. Nuestro incumplimiento es esencial, en el sentido de que se proyecta respecto de una característica sensible del producto, que identifica o delimita el objeto del contrato y que, usualmente, habrá tenido reflejo en él a la hora de abordar su redacción -especificaciones técnicas y condiciones de homologación del producto, tratamiento fiscal, etc.-. Pero bien puede argüirse, en coherencia con lo que hemos dicho sobre vicios del consentimiento, que difícilmente ese incumplimiento será grave, en el sentido de malograr las expectativas del comprador o, desde la perspectiva de una tesis subjetiva de la causa contractual, las utilidades que pretendía ver satisfechas con la celebración del contrato -el fin perseguido con el contrato resiste al incumplimiento-. No cabe instar por esta causa la resolución del contrato.

---

<sup>41</sup> CARRASCO PERERA, A., op. cit., p. 863.

<sup>42</sup> Por todas, STS (1ª), núm. 198/2014, de 1 de abril de 2014, Ponente: Francisco Marín Castán.

Incumplimiento esencial y no grave. Porque tenemos la infracción de un deber contractual, esto sí es evidente. Pero, ¿qué daño susceptible de indemnización se ha causado al consumidor si el productor, amparado por la Administración, se ha prestado a reparar el defecto de forma gratuita e inocua? De nuevo aquí el único daño susceptible de indemnización sería el moral, fundado en el estado de agitación, en el sufrimiento psíquico desmedido que el consumidor haya podido experimentar a raíz del suceso<sup>43</sup>. Pero lo cierto es que el productor, tras el escándalo, reaccionó rápidamente, tomando toda una serie de medidas para prestar información a los consumidores afectados, instruyéndoles de los distintos pasos que deberían observar en un tiempo breve para ver reparado su producto. Y si a eso le añadimos la superposición de un canal de comunicación institucional, pues la Administración interpeló en diversas ocasiones a los consumidores afectados para orientarles en la toma de decisiones, difícilmente los consumidores podrían acreditar una situación de desamparo exorbitante, como fermento para ese sufrimiento psíquico irresistible y necesitado de indemnización. En términos estrictamente patrimoniales, podría tratar de justificarse que el producto vale menos. Pero solo en términos de reputación, pues se trata de una categoría de productos mediante los que suele exhibirse la detentación de uno u otro rango social. Porque, en otros términos, cuando la reparación se dice eficiente e inocua para el resto de prestaciones del vehículo -las más principales-, no puede sostenerse fácilmente la hipótesis del desvalor final del producto.

Hasta aquí parece que ese empujón hacia el régimen de la ineficacia o el daño contractual o del daño extracontractual responde bien al propósito legislativo, aquella solución de compromiso de la Directiva, de atemperar la responsabilidad de los fabricantes de productos defectuosos y reservar la aplicación de los remedios tuitivos de consumo para los casos más lesivos.

La dificultad de analizar el caso desde la óptica del contrato es que es el fabricante quien predispone los lindes del campo de juego. Porque nos dice que, en el estado original del producto, la concreta característica técnica falseada por la instalación del artificio fraudulento, su nivel de contaminación, es funcionalmente autónoma de las incuestionablemente esenciales del producto para el consumidor medio: su potencia y su nivel de consumo de energía. Y nos asegura -certifica- que la solución técnica que ha predispuesto, que no se traduce en intervención mecánica de ningún género, no compromete ninguna de esas dos magnitudes, que permanecen invariables. Sin embargo, una atávica gnosis popular nos dice que lo contaminante es, precisamente, el tipo de energía que se utiliza para alimentar el producto de modo que este rinda a la potencia deseada. En función de la energía que se utilice y de cómo se entregue esa energía en términos de potencia al consumidor, el producto será más o menos contaminante. Para estos productos, existe una relación funcional entre potencia, consumo de energía y emisiones contaminantes. Si se altera un factor, se habrán alterado los restantes, sea en una medida apreciable o no por el usuario. Esto último será

---

<sup>43</sup> Una condena a la indemnización de daños morales derivada de incumplimiento contractual puede verse en la STS (1ª), núm. 217/2012, de 13 de abril de 2012, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, FJ 5º: *"(...) la Jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial (...). El daño moral, al igual que el patrimonial ha de ser probado, sin bien la dificultad estriba en la evaluación económica de perjuicios inmateriales y que pueden variar en función de la sensibilidad de la persona"*.



determinante de la cuantificación de una indemnización, pero no de la existencia de un incumplimiento contractual. Para el atrevimiento popular, que todo se presta a conocer, sin una intervención mecánica que altere la composición del producto, la única manera de lograr un menor nivel de contaminación para un producto que se mantiene mecánicamente invariable desde su adquisición, será mediante el aumento del consumo de energía y la reducción de su potencia final.

Lázaro, dime por qué, si el embuste inicial no afectaba a las prestaciones del producto, si para para reparar el defecto bastaba una corrección muy sencilla, sin alteración de ningún componente mecánico y sin afectación a las prestaciones del producto, ¿por qué necesitaba el fabricante la original instalación del artificio?

Entonces, no se trata tanto otra vez y como hemos discutido hasta aquí, de medir el alcance del daño sufrido o de la forma en la que acaeció causalmente. Lo trascendente es determinar -y de nuevo traer a un proceso- el grado de incumplimiento contractual que se haya producido no en el momento de entrega del producto, sino el que resulte en su caso del contraste entre el resultado final, tras el sometimiento al proceso de eliminación del artificio fraudulento, frente a las especificaciones técnicas originales, es decir, las que fueron comprometidas al celebrar el contrato. Y si se constatará una variación significativa, eso podría invitarnos a reconsiderar la aplicación de todos los remedios anteriores, que a esta altura ya hemos descartado para la solución del caso.

Te propongo que consideres aquí las asimetrías en la práctica de prueba pericial, necesaria para reconstruir los vestigios de hecho del caso y explicar sus consecuencias. Piensa que el art. 348 LEC establece un sistema de valoración discrecional de la prueba pericial, pero que ha dado en desarrollarse doctrinal y jurisprudencialmente para ofrecer algunos criterios de valoración al juez, quien durante el proceso de formación de su convicción deberá precisar la inmediación del perito con el objeto de la pericia. Pues aquí el consumidor no solo no estará en contacto con lo que debe examinarse en origen y sucesivamente (el diseño del producto y las particularidades del remedio dado para suprimir el defecto, en uno y otro caso protegidos como creaciones industriales), sino que le resultará imposible procurarse -costear- técnicos e instalaciones acondicionadas para un auténtico examen de ingeniería inversa de esos objetos, que es lo que exige la prueba útil para su pretensión. Respecto de este último apunte, considera que durante largo tiempo los Agentes de control de más de un centenar de países fueron incapaces de detectar el fraude, a buen seguro por carecer de los medios técnicos adecuados para someter el producto a un análisis tan profundo como finalmente resultó necesario para descubrir el embuste. ¿Cómo confiar entonces en un examen actual de esos mismos Agentes respecto de la regularidad e inocuidad de la solución dada al defecto? Esto se antoja irresoluble. Solo una reforma profunda de nuestro sistema de protección del consumidor a través de asociaciones sólidamente estructuradas, tuteladas públicamente para preservar el cumplimiento de sus fines y dotadas de un sistema procesal eficaz para el ejercicio de acciones colectivas, podría remediar, en parte, esta carencia.

Sin embargo, respecto del problema de la falta de acceso a la información, de nuevo este obstáculo para otro remedio de tutela, bastaría con reafirmarnos con la intensidad suficiente en la concepción del acceso a la prueba como derecho fundamental no ya en el proceso, sino también para discriminar la oportunidad del propio proceso. Volveré a alcanzarte con esta reflexión más adelante, cuando abordemos el caso desde la perspectiva del derecho de competencia.

### ***La búsqueda del derecho***

Has visto que acudir a los remedios que he enumerado hasta aquí, por ser todos de base privada en mayor o menor medida, no avisa el mejor fin para las reclamaciones derivadas de la comercialización de esos productos infractores. Puedes empezar a

preguntarte, tal y como ya avisé en su momento con cita de la mejor doctrina, si conviene entonces retorcer los presupuestos del derecho de contratos o de los más específicos remedios de consumo para conceder alguna expectativa a demandas que, de principio, parecen no tenerlas. Harás un consenso nuevo si escoges con audacia a los interlocutores que sean necesarios para esparcir su simiente, que luego acudirán a ella las gentes para arraigarla<sup>44</sup>. Advierte que no sería este mal momento para ese intento, que ya en otra parte del derecho la costumbre es hacer novedad de su interpretación, todo para satisfacer intereses aparentemente necesitados de protección perenne.

Juzga que solo en el ejercicio de una beligerante labor tuitiva a favor de los consumidores bancarios se han probado los límites de nuestro derecho privado. Ese empeño, en ocasiones tan intenso, depara un resultado que ha de procurar consecuencias insondables para este momento, pero que ya asoman sombrías como nubes de tormenta<sup>45</sup>. No espanta tanto que se extienda un sudario sobre el esfuerzo de codificación que definió los límites de nuestro sistema económico y determinó la modernización del Estado. Ya CASTÁN advertía, en materia de contratación seriada, sobre los excesos del dogma del individualismo que, según afirmaba, convenía atemperar, patrocinando una novedosa concepción social del contrato<sup>46</sup>. Ciertamente, el pensamiento dogmático engendra excesos puesto que, al no reconocerse necesitado de fundamentación, excluye la interpelación, la réplica, el pensamiento crítico. Lo que abruma es la precipitación con la que, en esas veces, se quiere provocar el tránsito del derecho. La dilución del dogma del individualismo ha supuesto la contracción evidente en nuestro tráfico patrimonial del principio de seguridad jurídica, que es una regla de alcance constitucional e inspiradora de todo nuestro sistema. Si IHERING oponía con ironía a los académicos que sus abstracciones racionales estaban reñidas con cualquier atisbo de pragmatismo<sup>47</sup>, favoreciendo un derecho alejado de las realidades y necesidades sociales, lo cierto es que en el estado actual del derecho el abandono del dogmatismo ha supuesto también, además de esa creciente inseguridad, una merma de la altura técnica en la aplicación de sus instituciones. Un amigo de las artes raramente se contará entre los incendiarios de Roma. Si un movimiento pendular de la ciencia jurídica, dirigiéndose nuevamente a ese espacio de dogmatismo liberal, no parece que comporte ventaja alguna, se hace al menos necesario fortalecer las instituciones patrimoniales más elementales, de modo que no se diluya así el grado de tutela que están llamadas a procurar a los más desfavorecidos, ni los presupuestos que lo hacen posible. A tal punto llega la situación que el propio Tribunal Supremo parece haber abdicado de su labor más elemental, la de explicar el derecho, para preguntarle a otro

---

<sup>44</sup> cfr. HÖLDERLIN, F., *Poesía Completa*, Ediciones 29, 5ª edición, 1995, p. 129: “*El consenso público: (...) ¡Ah! La muchedumbre prefiere lo que se cotiza,/ las almas serviles sólo respetan lo violento./ Únicamente creen en lo divino/ aquellos que también lo son*”.

<sup>45</sup> cfr. MENÉNDEZ PUJADAS, A., *Encuesta sobre préstamos hipotecarios en España: Enero de 2017*, Artículos analíticos 2017, Banco de España: “*(...) En el segmento de la financiación a las familias para adquisición de vivienda, se aprecia un ligero endurecimiento de dichos criterios en España, mientras que se mantienen estables en la zona del euro (...) En cuanto a la demanda de crédito, en nuestro país se redujo algo la de sociedades y la de familias para consumo y otros fines, y se mantuvo sin cambios la de hogares para adquisición de vivienda, mientras que en la UEM aumentó en todos los segmentos*”.

<sup>46</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, Vol.II, Instituto Editorial Reus, 6ª edición, Madrid, 1943, p. 588.

<sup>47</sup> cfr. IHERING, R. V., “*Parte III: En el cielo de los conceptos jurídicos*” en *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica*, Civitas, 1993, Traducción TOMÁS A. BANZHAF.

cómo hacerlo<sup>48</sup>. Se trata de una sola apariencia, claro y es lo grave, cuando lo que se pretende es evitar que la consulta llegue de otra parte, por si acaso se hiciera, quisiera hacerse, malamente. Porque el carácter de la pregunta determina, tantas veces, la letra de la respuesta.

Mal provecho ha de procurarte cuanto refiero si considerases que anda movido por el eco irreverente de un fatuo burlón, que si yo anduviera con miras de escandalizarte antes diría, tras de ese pellejo de vino que ya hemos despachado hasta aquí, que me siento tan jovial como para derramar mi acre necesidad sobre algún heliotropo ideal y aún más alto, a la manera de un poeta maldito y a modo de oración para este atardecer<sup>49</sup>.

Pero yo te hablo a los ojos, Lázaro, para que prueben en el mundo lo que ahora escuchan tus oídos. Ninguna de las respuestas dada hasta ahora a aquellas preguntas ha sido vana, cosa distinta es que hayan resultado muy incómodas. Harás bien en destacar el renombre que, digna y solamente, corresponde a quienes primero hollaron esas sendas<sup>50</sup>, cuando en aplicación de un derecho de principios y por misericordia de los hombres se dijeron *etiam si omnes ego non*<sup>51</sup>. Pero el crédito compartido por quienes llegaron después ha de verse engullido por el remolino del desorden que se provoca con el adán afán de Adán de mudar los cimientos de la tierra, sin planear para ellos un nuevo semblante siquiera de facciones inciertas, todo en el contexto, sí, de una situación de crisis económica lacerante y profundamente desigual. Contradictoriamente, el triunfo del derecho puede llegar a exigir la ruptura de una lógica formal en su aplicación<sup>52</sup>. ¿Pero a quién se protege tantas veces y frente a qué? La interpretación de *lo contractual* difícilmente podrá suplir la ausencia de un *remedio social* adecuado frente a situaciones de desamparo. Entonces el éxtasis del derecho de consumo bancario se tornará amargo y fastidioso. Sin embargo convendrás conmigo en que, cuando desde los océanos Poseidón hendía su tridente en el suelo<sup>53</sup>, los grandes palacios de la antigüedad eran los que caían de forma más pesada. Pues yo te digo que hoy no existe torre más elevada que la de las instituciones, que las hay públicas y las hay privadas y las hay también que son ambas cosas a un tiempo. La fragilidad de estos días nuestros bien puede precipitar su estrago. Para evitar la desconfianza en las instituciones, fermento del reciente auge del individualismo que conduce a rechazar cualquier vestigio de limitación de lo que se considera un derecho particular, cabe que el jurista piense a su vez institucionalmente<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> cfr. AATS (1ª), de 8 y 22 de febrero de 2017.

<sup>49</sup> RIMBAUD, A., *Obra completa bilingüe*, Atalanta, 2016, "*Oraison du soir: Puis, quand j'ai ravalé mes rêves avec soin, / Je me tourne, ayant bu trente ou quarante chopes, / Et me recueille, pour lâcher l'âcre besoin: / Doux comme le Seigneur du cedre et des hysopes, / Je pisse vers les cieus bruns, tres haut et tres loin, / Avec l'assentiment des grandes héliotropes*".

<sup>50</sup> cfr. STJCE, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, "Océano Grupo Editorial S.A.", STJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, "Banco Español de Crédito" y STJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, "Mohamed Aziz".

<sup>51</sup> San Mateo (Vulgata), 26:33: "*Aunque los demás lo consientan, yo no*".

<sup>52</sup> Para FERNÁNDEZ SEIJO, J. M<sup>a</sup>., *La reestructuración de las deudas en la Ley de la segunda oportunidad*, Bosch, 2015, p. 5: "*(...) la justicia no puede contentarse con una aplicación mecánica de las leyes*".

<sup>53</sup> cfr. STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C 307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C 308/15, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu.

<sup>54</sup> HECLO, H., *Pensar institucionalmente*, Paidós, Madrid, 2010, p. 67.

Olvídate pronto de todo esto, seguro será una apostilla traída aquí por mala fortuna. Pero recuerda estas palabras graves. A quienes deben discernir entre lo justo e injusto les compromete igualmente, antes de proponer la mudanza de tal o cual rama del árbol del derecho, distinguir oportunidad de conveniencia. La ausencia de este segundo indicio debe hacernos presumir la normal falta del primero. Y nada será más conveniente que guarecer de la ventolera el interés compartido por moros y cristianos, que no es otro que el de sobrevivirnos. A ese propósito sirven las instituciones y no se acertará con ventaja alguna al malbaratarlas. No se procurará igualdad, no alcanzará el socorro, sin estructuras estables que lo hagan posible. Para eso son también las normas jurídicas y la doctrina jurisprudencial que las interpreta, que precisan de un arraigo que permanezca inalterable en alto grado para inspirar las conductas de todos, ya porque estos sepan reconocer en ellas un ideal de probidad ya al quedar disuadidos por su capacidad de coerción. En ambos casos se alcanza un mismo efecto bueno, como también algo bueno puede seguirse del dolor que se causa con la aplicación del derecho, aunque se haga sufrir profundamente<sup>55</sup>. Luces para que indagues en la enseñanza que has de extraer de esta historia.

### ***Libertad y corrección***

Que no te aturdan algunas de las conclusiones que he dado hasta aquí. En el derecho, para dar en lo más adecuado de una respuesta conservadora como solución de compromiso, no hay que disfrazar ninguna observación, ni dejar por ello de explicar las cosas tal y como son. Lo que ocurre es que incluso ese análisis debe ser contenido, no sea que de él puedan servirse quienes, para penetrar en el sistema, agrandan cualquier conflicto para construir enemigos e identidades enfrentadas de las que valerse después. Estos ansían tomar el control por encima de cualquier otra cosa. Para eso inflaman los juicios, devalúan las normas, envilecen la convivencia. Lo peligroso es que, consumado su ascenso y para imposibilitar la caída, acostumbran a imponer una sola regla universal que es la de la negación del individuo, lo que habitualmente consiguen, en mayor o menor medida, mediante la afirmación de la sola dignidad de lo colectivo y de la sola libertad en lo colectivo, tal y como llegado el caso acierten a expresar. ¿Qué hay en nuestro sistema que haga que tanto merezca ser conservado? Que, en él, recomponiendo los renuevos de la libertad individual que permite mantener, puedes encontrar las vías para una comprensión de tu propia *existencia* y de las cosas que son su contexto. Si después consigues salvar la tentación del pesimismo o la melancolía (y para esta parte del orbe eso es mucho más asequible de lo que fue en cualquier otra época), puedes invitar a otros a participar de esa misma reflexión. O ubicarte en una posición de ventaja con respecto a ellos. Ambas propuestas son para una clase de humanismo, aunque una anide en el corazón y otra en el estómago.

La debilidad de los remedios que parecen más inmediatos a los consumidores, que son los que he enumerado hasta ahora, obliga a continuar buscando soluciones en otro lugar del derecho. Pienso ahora en la aplicación al caso del derecho que regula la competencia y los actos a través de los que se exterioriza, aunque no por eso abandonaré la discusión que últimamente hemos traído. Seguiré asumiendo el riesgo de que vincular

---

<sup>55</sup> cfr. ARENDT, H., Eichmann en Jerusalén, Lumen, 2ª edición, 1999, pp. 446-448: *“La reflexión de que quizás uno se hubiera portado mal, en el caso de encontrarse en las circunstancias de quienes así se comportaron, quizá de lugar al nacimiento de cierto espíritu de perdón (...) La justicia, que no la misericordia, es la finalidad de todo juicio (...) Otro camino para evadirse de la zona en que se encuentran los hechos demostrables y las responsabilidades personales, lo forman las innumerables teorías (...) de carácter tan general que sirven para explicar todos los acontecimientos y todos los actos”*.

lo que sea jurídico en el caso con consideraciones pretendidamente trascendentes te parezca trivialidad o incluso estupidez.

En interpretación de lo que dicen los primeros preceptos de la Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal (LCD), se ha dicho, de forma pacífica y próxima en cualquier caso a las explicaciones de BERCOVITZ, entre otros, que nuestro sistema de competencia responde a un *modelo social* que protege la competencia en interés, a un tiempo, de los consumidores, de los empresarios y de las aspiraciones del Estado, que son las de preservar el orden concurrencial que emana del art. 38 CE<sup>56</sup>, que es el del mercado. Esto, por presunción me aventuraré a decirlo así, creo que ha resultado finalmente una afirmación excesiva, por dos razones. Por un lado, porque responde a la aparente necesidad del legislador de subsumir una pluralidad de bienes, enfoques e intereses en los expositivos de sus producciones para justificar su legitimación y rectitud, que para ser auténtico derecho se sienten necesitadas de consumir todas las facetas de un complejo poliedro. Por otro lado, por la vacía concordancia de la subsistencia en nuestro texto constitucional de la configuración del Estado como socialdemócrata, art. 1.1 CE, un atavismo al que resulta extraño la idea, contradictoriamente actual, del *mercado para el mercado*. La socialdemocracia y el mercado fueron la respuesta para la reforma de Europa. Pero el primer remedio y la misma Europa parecen haberse hecho de nuevo viejos a un tiempo. Se trata de una realidad que quizá no haya superado de forma perceptible las previsiones de la Ley en su aplicación práctica, que siempre será contingente, pero sí el propósito confesado en ella por el legislador. Ahora, lo que el derecho de la competencia protege, todo el derecho de la competencia, es la *libertad del propio mercado*, que es la suma de una parte de las libertades individuales de quienes participan en él. La parte que le resulta más necesaria, que es la que ha logrado fagocitar. La administra como uno de sus recursos más escasos, la preserva aquí para distribuirla allá. Le conviene dosificarla celosamente entre sus cautivos. A cada uno de ellos le dispone el conocimiento que le resulta apropiado para seguir siéndolo, sometiendo a todos a regocijarse con lo que son solo reflejos del mundo, la ilusión a cambio de la libertad cedida<sup>57</sup>. Antes te hablé de las especiales capacidades de la economía como lenguaje que, por la vía del contagio lingüístico, aspira a expresarlo todo. En nuestro tiempo y ya no solo por ese influjo, esa fracción de la libertad individual está ubicada en el propio mercado y no como vía de interacción entre sus partícipes, sino como la principal de sus magnitudes instrumentales. La *economía de mercado* ha sido también remedio para muchas inquietudes. Reconoce que esa fuerza expansiva, que es incontestable, ha intervenido como un cauce idóneo para la difusión de las soluciones occidentales, la democracia o las tecnologías. El imperio del mercado ha acabado con buena parte de las violencias, porque invita a todos a participar en él, aunque no siempre para conceder las mismas oportunidades. Conservamos incólume un buen instrumento, pero se ha desvanecido el aliento de una parte de los principios que le servían de contrapeso. Fallan los equilibrios

---

<sup>56</sup> cfr. BERCOVITZ, A., “Disposiciones Generales” en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ, A., Coordinador, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 75-77.

<sup>57</sup> cfr. PLATÓN, República, Traducción CONRADO EGGERS LAN, Gredos, 1986, VII, p. 338: “(...) En ella están desde niños con las piernas y el cuello encadenados. De modo que deben permanecer allí y mirar sólo delante de ellos, porque las cadenas les impiden girar en derredor la cabeza. Más arriba y más lejos se halla la luz de un fuego que brilla detrás de ellos; y entre el fuego y los prisioneros hay un camino más alto, junto al cual imagínate un tabique construido de lado a lado, como el biombo que los titiriteros levantan delante del público para mostrar, por encima del biombo, los muñecos”.

entre libertad de mercado y responsabilidad social en su ejercicio, que resulta incluso necesaria para preservarla. Solo hay verdadera libertad cuando se utiliza correctamente. Sin eso, el resultado puede ser monstruoso<sup>58</sup>. Para concebir un sistema de competencia: libertad y corrección.

Pero, ¿quién es *el mercado*? No busques la respuesta a través del derecho o de la economía, sino donde su sustrato, en las razones que intentan explicar al hombre y sus cosas en medio del mundo. Entonces nunca dejará de sorprenderte el afán de las gentes por escrutar entre los astros del cielo las huellas que explican su destino. Tratan de burlar la responsabilidad individual que les pueda tocar en su propia suerte. Ese es uno de los dos caladeros del populismo. El otro, principal e innegablemente, es el dolor. Si te sientes sometido, Lázaro, mírate a los ojos<sup>59</sup>. Porque también hallarás allí otra porción remanente de tu libertad, la más importante y que es la que el sistema siempre te reconocerá, porque para su mercado no es un detrito sino el espectro virtuoso que se ha acostumbrado a invocar cuando precisa espantarse el sopor. En ausencia de contrapesos endógenos, la contestación social es el mecanismo más eficaz para su purga, aunque la tolera de manera muy extraordinaria, mitigada e intermitente, para evitar el colapso de las estructuras. Y a eso hay que aferrarse.

Todo eso puede servir para tender puentes entre las distintas normas que pretenden regular y proteger el mercado, reconociendo en ellas identidades comunes. Para el caso de la competencia que se pueda desarrollar efectivamente en él, percibiendo así la íntima conexión entre las previsiones de la LCD y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Libertad y corrección como categorías del mercado. Al menos este intento simplificaría la labor de los juristas a la hora de distinguir los intereses que deben considerar al aplicar este derecho. La formulación de cualquier derecho debe ser lo más sencilla posible, sin dejar por ello de resultar intelectualmente estimulante. De este modo sería también más sencillo identificar los riesgos que se deben evitar para preservar este derecho. En este punto, de nuevo el contexto de los días nos permite constatar, de forma asequible, cuáles son las tensiones que planean sobre la libertad individual, entendida como formulación o producto del mercado. Habría que contraponer aquí los conceptos de competencia y negocios<sup>60</sup>, que son los cuerpos que se encuentran en fricción hoy y no aquellas solemnes vías rectoras del *modelo social*, ya huecas.

Disculpa de nuevo mis excesos. Regresemos si quieres a ese círculo de valores sociales, tan dogmático y confortable, que facilitará a la postre el análisis de los hechos. Ahondaré en ellos. Nada de dobleces en la toma de decisiones en el mercado. Que se

---

<sup>58</sup> cfr. STEINBECK, J., *Las uvas de la ira*, Alianza, 2012, p. 55: “Y por fin los enviados llegaban al fondo de la cuestión. El sistema de arrendamiento ya no funciona. Un hombre con un tractor puede sustituir a doce o catorce familias. Se le paga un sueldo y se queda uno con toda la cosecha. Lo tenemos que hacer. No nos gusta, pero el monstruo está enfermo. Algo le ha sucedido al monstruo”.

<sup>59</sup> SHAKESPEARE, W., *Julio César*, Traducción ÁNGEL LUIS PUANTE, Universidad de Murcia, 1987, Acto I, Escena II, p. 14: “*Casio (a Bruto): (...) Si estamos sometidos, mi querido Bruto, la culpa no está en nuestra estrella, sino en nosotros mismos*”.

<sup>60</sup> Para ZINGALES, L., “Capitalism after the crisis”, *National affairs*, 2009: “*Most lobbying is pro-business, in the sense that it promotes the interests of existing businesses, not pro-market in the sense of fostering truly free and open competition. Open competition forces established firms to prove their competence again and again; strong successful market players therefore often use their muscle to restrict such competition, and to strengthen their positions. As a result, serious tensions emerge between a pro-market agenda and a pro-business one, though American capitalism has always managed this tension far better than most*”.

produzcan de la forma menos condicionada posible, sobre la base de unos presupuestos -información- suficientes -según la trascendencia de la decisión-, compartidos -al menos accesibles- y nítidos. Un proceso de toma de decisiones preservado de cualquier influencia indebida. Pero también que ese proceso de toma de decisiones se produzca en un espacio cuya geografía sea espontánea -aunque en parte desconocida-, no como resultado de la cooperación entre algunos de sus agentes. Todo eso puede justificar un sacrificio para el mercado, que es el que el Estado avoca cuando utiliza el derecho de competencia como instrumento de intervención económica<sup>61</sup>. Pero, otra vez, retén cuanto aquí he dicho para considerar la solución final del caso.

### ***El engaño***

Sea como fuere, también puedes decir que para el más específico derecho de competencia desleal no fue en primer lugar la Palabra, sino la expectativa. Fíjate en la sistemática de la LCD y en cómo, desde la cláusula general del art. 4, que reprime los actos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, despliega un amplio elenco de conductas prohibidas que deben interpretarse, todas ellas, tal y como este mismo precepto se ha interpretado<sup>62</sup>. Se trata de advertir si, desde la óptica particular del ilícito previsto por el precepto de que se trate, se ha producido o no una transgresión de la confianza que ha inspirado la toma de una determinada decisión en el mercado. Los consumidores consumen y los empresarios giran de acuerdo con el haz de certezas que hasta entonces les han sido próximas. Tanto más importa la protección de esa convicción o percepción de seguridad cuando un tercero, el que será infractor, ha contribuido a formarla.

Piensa ahora en nuestro caso y en la dicción literal de los arts. 5.1.b) y 23.1 LCD<sup>63</sup>. Considera que el primer precepto procura la represión de las informaciones

---

<sup>61</sup> PADILLA, A. J., Y GUTIÉRREZ, I., “Economía de la competencia” en Tratado de derecho de la competencia, Director BENEYTO PÉREZ, J. M<sup>a</sup>., Bosch, 2005, p. 51: *“El conjunto de reglas que constituye un sistema de defensa de la competencia dota a los poderes públicos de una capacidad de intervención que restringe la libertad de empresa con el fin último de proteger el interés general”*.

<sup>62</sup> STS (1<sup>a</sup>), núm. 256/2010, de 1 de junio de 2010, Ponente: Jesús Corbal Fernández, FJ 3<sup>o</sup>: *“la buena fe en sentido objetivo se traduce en una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (...) se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico”*.

<sup>63</sup> *“Artículo 5. Actos de engaño. 1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: (...) b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio”*.

*“Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa. Se reputa desleal, por engañoso: 1. Afirmer o crear por*

falsas o inexactas. Para que exista libertad en la toma de decisiones, ya lo sabes, es necesario que la información que el fabricante de un producto difunde en el mercado sea veraz y que la introduzca de manera transparente<sup>64</sup>. Aquí, el fabricante predicaba que el producto cumplía con todas las condiciones que eran imperativas para su homologación según su clase, entre ellas el cumplimiento de la normativa medioambiental. Y esto último era falso, según el propio fabricante ha reconocido. Como también que el producto era menos contaminante de lo que ha resultado ser, según sus características técnicas. Necesitamos ahora ahondar en los presupuestos para la aplicación de la figura, para indagar sobre la calificación de la conducta como una práctica desleal por engañosa<sup>65</sup>. El primero de esos requisitos es que, en efecto, se haya producido el engaño. O que exista el riesgo potencial de que se haya producido. Nos debe importar poco discriminar aquí una y otra cosa, de acuerdo con los hechos del caso tal y como últimamente los he recapitulado. Parece que se trata de algo incuestionable. El segundo de los requisitos es que esa falsa apariencia haya podido condicionar, de alguna manera, el comportamiento económico del consumidor<sup>66</sup>. Podemos regresar al art. 4 LCD para dotar de contenido a este segundo requisito: que el consumidor conozca, al tiempo de tomar la decisión de adquirir el producto, el completo significado y trascendencia económica de su decisión. También podemos indagar sobre la concurrencia de este presupuesto formulando preguntas *a sensu contrario*: ¿habría adquirido el producto el consumidor de haber sabido de la instalación en él de un artefacto para burlar los controles medioambientales? Rehúye la tentación de traer aquí la doctrina del error, porque confundirás planos de razonamiento. Allí hablábamos de su causalidad para con el fin económico perseguido con el contrato. Aquí te hablo, por ejemplo, de la selección del producto frente a otros de la misma clase o de la decisión final de comprarlo y todo desde la perspectiva del consumidor medio<sup>67</sup>. Por fin y en tercer lugar, cabría rechazar que la conducta pudiera tener encaje en lo que pudiera considerarse como *dolus bonus* comercial, lo que en estrictos términos de competencia desleal ha sido dado en llamar *regla de la relevancia* de la práctica o alcance de la *exigencia de veracidad* en la comercialización del producto.

El juicio sobre la conducta puede agravarse cuando se considera desde la previsión específica del art. 23.1 LCD, que ya has visto. En sus condiciones de venta originales, el producto no podía haber sido comercializado, por tratarse de un producto infractor de las reglas de control medioambiental dadas para los de su clase. Observa que, en aquellas comunicaciones dirigidas por la Administración a los usuarios a las que aludí, se recomendaba que se procediera cuanto antes a aplicar al producto la reparación

---

*otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto”.*

<sup>64</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., “Actos de engaño” en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ, A., Coordinador, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 119.

<sup>65</sup> Seguiremos al mismo autor, *Ibid.* pp. 127-136, que en cualquier caso entra al desarrollo de un cuerpo doctrinal y jurisprudencial sólidamente asentado, de acuerdo con algunos pronunciamientos relevantes que ya citaré.

<sup>66</sup> Puede verse la STS (1ª), núm. 365/2008, de 19 de mayo de 2008, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, sobre el empleo de etiquetas en envases de productos alimenticios en las que se indicaba que contenían un ingrediente -yogur- que no cumplía con la norma española de calidad.

<sup>67</sup> Interesante aquí la remisión a la SAP Barcelona (15ª), 228/2015, de 1 de octubre de 2015, Ponente: Juan Francisco Garnica Martín, sobre actos de engaño al consumidor por comercialización de fundas textiles antideslizantes para ruedas de vehículo sobre la disposición de certificaciones de calidad sin justificación.



aprobada, con el riesgo de que en el futuro, si así no se hiciere, no superase las inspecciones técnicas periódicas a las que está sometido. Desde luego, es una práctica comercial legal la de comercializar productos de esa clase. Pero es ilegal hacerlo en contravención de las normas particulares que regulan sus especificaciones técnicas imperativas, como las que tratan de limitar el impacto que para el medio ambiente pueda suponer su utilización, disimulando un incumplimiento que es el resultado deliberado de un fraude. Dirás que deformedo el ámbito funcional del precepto. Sea.

Las posibles conexiones de estos ilícitos con la represión de la eventual publicidad engañosa que pudiera haberse empleado para la difusión de los productos, nos conducirían a ahondar irremisiblemente, más de lo que parece necesario, en el agotamiento del caso. Por eso no lo haré.

De nuevo lo procesal, que es la prueba del daño y del engaño. Acción de condena y declarativa, por ese orden invertido por lo que ya verás. ¿A qué daño habría dado lugar la práctica engañosa? ¿Qué concreta lesión habría sufrido el consumidor? Echa un vistazo a las previsiones del art. 32.1.5º LCD y constatarás que, el ejercicio de una acción en reclamación de indemnización por daños derivados de un acto de competencia desleal, reproduce la estructura del resto de remedios indemnizatorios propios del derecho privado. ¿Eso crees? Dejas a salvo un matiz esencial. En los casos de competencia desleal es precisa la prueba del daño y del nexo causal con el acto de competencia desleal para que pueda concederse una condena. Pero sí se encuentra más fácilmente reconocida la vigencia del principio *ex re ipsa*<sup>68</sup>. Aunque siempre se da en supuestos excepcionales, parece que juega a favor de la aplicación del principio la certidumbre de la antijuricidad de la conducta que merece ser reprimida con aplicación de la LCD. De un ilícito directa o indirectamente *pluriofensivo* -ya sabes, mercado, consumo, competidores- necesariamente ha de seguirse, como consecuencia lógica, un resultado dañoso, que puede alcanzar también a los daños de especie moral. Esta conducta que aquí examinamos, sus circunstancias, su dimensión en el mercado, es intolerable. Cuestión distinta sería la de la cuantificación de ese daño, que seguramente se daría tomando como base de cálculo un pequeño porcentaje respecto del coste de adquisición del producto o eso me parece.

La prueba del engaño. Causa y no consecuencia del daño. Pero he alterado la consideración de los accidentes procesales a los que podría dar lugar una reclamación por motivos fundados. El primero, porque el engaño ya lo hemos dado por supuesto, cuando se desprende de la propia reacción del productor y de los organismos públicos de control. El segundo, porque acaso todo esto pueda dar lugar aquí a una reflexión adicional, sobre cómo superar algunos de los obstáculos procesales que he aventurado respecto de la aplicación procesal de los remedios que consideré anteriormente.

Piensa que la LCD contiene previsiones procesales de carácter complementario a las de la LEC que, en materia de diligencias preliminares y así en su art. 36, reenvían a las disposiciones de la Ley de Patentes. La nueva redacción de esta norma (arts. 123 y ss. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes), ofrece una regulación mucho más flexible de las diligencias de comprobación de hechos, en contraste con las limitaciones propias del sistema de diligencia preliminares en la LEC que tienen el carácter de mera preparación de demanda. Entre otras cosas, incluso se faculta la actuación de oficio del juez para el requerimiento de informes o el desarrollo de las investigaciones que considere oportunas. Este mecanismo se asemeja mucho más al *Discovery* propiamente

---

<sup>68</sup> STS (1ª), núm. 170/2014, de 8 de abril de 2014, Ponente: Sebastián Sastre Papiol, en apreciación de daños morales derivados de actos de competencia desleal que afectaron a la base de datos online de El Derecho.

anglosajón, incluso cuando incorpora limitaciones para la violación de secretos industriales o la comisión de actos de competencia desleal, art. 124.4, que además cabría en cualquier caso interpretar a la luz de los últimos instrumentos del derecho comunitario<sup>69</sup>, todo ello aunque acabemos por acusar igualmente algunas de las limitaciones de nuestro sistema procesal general<sup>70</sup>.

Una primera inmersión en el derecho de la competencia concede algo más de luz a las posibles reclamaciones de los consumidores. Pero, en términos cuantitativos, las expectativas de obtener una indemnización sensible son escasas. Entonces es más el daño que podría sufrir el productor ante la generalización de este tipo de demandas, que la recompensa a obtener mediante su ejercicio por el adquirente del producto.

### ***La lealtad en la infracción de la Ley***

Y damos en lo que será el desenlace del caso. Se trata de los ilícitos que se regulan en los dos primeros apartados del art. 15 LCD, que asumen como conducta desleal la infracción de normas desde una perspectiva complementaria<sup>71</sup>. La jurisprudencia nos ayuda a discriminar el ámbito de aplicación posible de uno y otro ilícito<sup>72</sup>. Porque el legislador no quiere sancionar como si de una conducta desleal se tratase cualquier violación de una norma, distingue la infracción de leyes generales frente a aquellas particulares que tienen por objeto regular la actividad concurrencial. Un ejemplo de estas son las que regulan el ejercicio de una actividad económica, los precios o la publicidad<sup>73</sup>. Si se infringe cualquiera de estas normas, sin consideración del resultado que con ello se hubiera podido obtener, aunque esto no siempre es pacífico, la conducta puede ser declarada como desleal. Sin embargo, para la primera clase de normas, por ejemplo, las laborales o las fiscales, será necesario que con su infracción se haya obtenido una ventaja de carácter competitivo, que se trate de una ventaja significativa y que el infractor se haya prevalido de ella en el mercado.

De vuelta en los hechos del caso, la infracción de la normativa aplicable a la comercialización del producto en cuestión parece evidente. Del mismo modo, tampoco ofrece especiales dudas cuál sea la naturaleza de la norma infringida para su encaje en la sistemática del precepto. Porque dirás que se trata de una norma dada, eminentemente, para la regulación de la actividad en ese concreto sector del mercado. Parece que, definitivamente, habrás topado con el posible ejercicio de una acción para la censura de

---

<sup>69</sup> D (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

<sup>70</sup> Para SUÑOL, A., "Algunos aspectos procesales sobre la Directiva de protección de secretos empresariales", Almacén de derecho, 17 de septiembre de 2016, la ausencia de normas generales que limite el acceso a las demás partes a los secretos empresariales o que someta a los intervinientes en el proceso a la obligación de no violar los secretos a los que acceden durante el juicio. Sobre la cuestión vid. 23.

<sup>71</sup> "Artículo 15. Violación de normas. 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

<sup>72</sup> vid. STS (1ª), núm. 38/2011, de 16 de febrero de 2011, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, sobre comercialización de chalecos reflectantes con infracción de las normas que regulan sus características técnicas, comentada por ALFARO, J., "Competencia desleal por infracción de normas: las normas sobre chalecos reflectantes", Almacén de derecho, 14 de marzo de 2011.

<sup>73</sup> Para una enumeración de grupos de casos, vid. MASSAGUER, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas, 1999, pp. 444-467.

la conducta del fabricante de carácter incontestable. Entonces empezarás de nuevo a tropezarte con algunos problemas.

En primer lugar, a propósito de lo discutible de la naturaleza de la norma infringida. ¿Se encuentra verdaderamente destinada a regular la actividad concurrencial? Lo cierto es que se trata de una norma, la del nivel contaminante permitido para el producto, dada para regular una parte de sus concretas características técnicas. Y a buen seguro que se trata de una regulación *causalizada*, es decir, concedida para la protección de intereses sensibles, a los que ya he aludido antes. Pero no de una regulación dada para moderar la interacción de los competidores en el mercado. Entonces eso te empuja al primer ilícito que regula el precepto. La clave es la finalidad concurrencial o no de la norma infringida.

Antes de ahondar en eso, en segundo lugar y alterando de nuevo lo que debería ser una exposición ordenada de las cuestiones, échale un vistazo a la legitimación procesal para el ejercicio de las acciones fundadas en la infracción de ese primer ordinal del precepto. De acuerdo con las previsiones del art. 33.1 LCD, que reformula la regla general del art. 10 LEC, para el ejercicio de acciones declarativas y de condena por la comisión de un ilícito concurrencial debe ostentarse una posición económica directamente afectada, en términos concurrenciales, por la conducta de que se trate<sup>74</sup>. Entiendo que este no sería el caso del consumidor adquiriente del producto, porque el tipo no reprime el engaño o la confusión que hubiera podido sufrir, por ejemplo, sino la ruptura de las expectativas del resto de fabricantes, que giraban en la confianza de que todos los productores de su sector lo hacían, al igual que ellos, respetando todas las normas aplicables al proceso de fabricación y comercialización de los productos. El núcleo de antijuricidad de la conducta se encuentra en el prevalimiento en el mercado de una ventaja competitiva obtenida mediante la infracción de normas. Si se tratara de la infracción de una norma de carácter concurrencial, aun podrían verse entonces afectados los intereses de los consumidores, porque parcialmente comparten esa misma naturaleza. Pero has visto que no es el caso.

Entonces, en tercer lugar y revestido ahora tú de la condición de fabricante, deberías traer al proceso la concreta ventaja que, en términos competitivos, se pueda obtener con el embuste. Esto se antoja asequible, puesto que el fabricante infractor, por ejemplo, no asumía los costes de desarrollo de una tecnología más limpia, podía introducir en el mercado aparatos sin limitaciones en sus prestaciones por motivos medioambientales, lo que quizá sería percibido en la experiencia práctica de los usuarios como algo muy satisfactorio, en contraste con el rendimiento inferior de los productos de la competencia. En esta última idea se insinúa también el subsiguiente elemento necesario que debería traerse al proceso, que es el de la utilización en el mercado de esa ventaja obtenida por la infracción<sup>75</sup>.

¿Cuándo la infracción de esa norma no será determinante de una ventaja competitiva? ¿Cuándo no tendrá la ventaja obtenida con el incumplimiento la eficacia

---

<sup>74</sup> Para CERVERA, M., "Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal" en Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad, Director GARCÍA-CRUCES, J. A., Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1887-1908, las normas en materia de legitimación activa individual deben interpretarse con notable amplitud, pero desde la experiencia de un previo perjuicio directo del interesado, aunque cabe reconocer lo más completo y satisfactorio de la nueva regulación de la legitimación activa colectiva para la defensa de los intereses generales de los consumidores.

<sup>75</sup> En análisis de uno y otro presupuesto para la aplicación del tipo, vid. ALFARO, J., "Competencia desleal por infracción de normas", Revista de derecho mercantil, Nº 202, 1991, pp. 679-682.

necesaria para alterar las condiciones del mercado? Para MASSAGUER<sup>76</sup> cuando, desde las circunstancias del caso, el infractor pueda demostrarlo. El autor considera en este punto la admisión de la *excepción de incumplimiento generalizado*. Porque el núcleo de antijuricidad de la conducta es aquella expectativa del competidor-que-cumple, porque lo determinante después es que el competidor-que-cumple ve sorprendida su posición en el mercado, que queda debilitada por la conducta y contraste de productos o prestaciones del competidor-incumplidor, si una medida relevante de quienes sean los competidores en ese sector incumplen la norma, la conducta del originariamente demandado como infractor no merece reproche concurrencial, porque no altera ni la estructura ni el funcionamiento del mercado.

Lázaro, dime por qué, de entre el resto de competidores europeos, ninguno ha demandado a nuestro fabricante infractor.

De repente tu preocupación será la que comparten las autoridades en materia de defensa de la competencia, por las restricciones a la libertad que se puedan producir en mercados con pocos operadores<sup>77</sup>. Todas tratan de reaccionar frente a las conductas restrictivas de la competencia, que varían de intensidad lesiva según su tipología, más o menos intensa: acuerdo, decisión, recomendación, práctica concertada. Y también respecto de todas aquellas situaciones en que los *players* observan un comportamiento lesivo más o menos uniforme, para el que basta además con apreciar una ligera consciencia de que los competidores se conducen de la misma manera, observando una práctica común<sup>78</sup>.

La lesividad de la conducta -en estos nuevos umbrales de la LDC por conexión de las previsiones de los arts. 101 y 102 TFUE- radicaría en la profunda alteración del mercado, lo que ya ha sido apreciado cuando se desplazan a los consumidores los costes de la asunción de normativas medioambientales estrictas<sup>79</sup>. Piensa por fin que la Directiva de daños derivados de ilícitos de competencia<sup>80</sup>, que nuestro Estado ya debería haber traspuesto, pretende hacer más sencillo para las víctimas de las prácticas anticompetitivas obtener compensaciones por daños. Incluso antes se ha dado una guía práctica sobre como cuantificar un daño por prácticas en contra de la libre competencia<sup>81</sup>. En cualquier caso, los particulares problemas de legitimación de los consumidores quedan resueltos tras la cualificación de la posible infracción, cuando además la contravención de estas normas concurrenciales sería a su vez subsumible en una infracción del art. 15.2 LCD<sup>82</sup>. Por lo demás todo este complejo de normas es

---

<sup>76</sup> op. cit., p. 442.

<sup>77</sup> NAVARRO SUAY, M<sup>a</sup>. C., *Las conductas conscientemente paralelas*, Thomson Civitas, 2005, p. 24.

<sup>78</sup> *ibid.*, pp. 100-101.

<sup>79</sup> Decisión de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2016, en el asunto AT39824 – Camiones.

<sup>80</sup> D (UE) 2014/104, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

<sup>81</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE.

<sup>82</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada del derecho de la competencia*, La Ley, 2011, ofrece un completo estudio (pp. 314-345) de los aspectos procesales de las acciones de daños en el estadio previo al pronunciamiento de la D (UE) 2014/14, momento en el que ya se advertía tanto la implementación por la Comisión de un sistema de acciones colectivas *opt in* como la legitimación activa del comprador directo considerado como una de las clases de

susceptible de aplicación paralela por las distintas autoridades comunitarias y nacionales, administrativas y judiciales, según los principios que informan la disciplina de competencia<sup>83</sup>.

### ***Un derecho para el mercado***

Tres soluciones para dar en la profesión de fe de un descreído.

El agotamiento exhaustivo y minucioso de este caso nos conduce a un escenario de ruptura, otra vez, complejo e incierto. Remedios específicos en materia de consumo, contractuales, extracontractuales. Remedios en materia de competencia. Privados, públicos. La primera solución pasa por la inevitable aplicación del derecho, con todas sus consecuencias. Hacer cumplir las normas es el principio más elemental, porque la dependencia entre las distintas instituciones del derecho desaconseja cualquier atisbo de fragmentación en su aplicación. La claudicación de una parte puede suponer el colapso del todo. Ley. Ni más ni menos. Y que te baste con eso<sup>84</sup>.

Constato que, al menos provisionalmente, esa no ha sido la respuesta que se ha dado para el caso. Todo porque quizá exija diluir su solución, si solo consistiría en una implacable averiguación de la verdad que pueda esconder con el propósito de delimitar, sin ambages, su total dimensión y afectación en el mercado. Todo por el terrible impacto económico que eso pueda provocar después. Dicen: apasionamiento o interés general. ¿Este segundo interés es susceptible de protección jurídica? Depende de qué objetivos identifiquemos como aspiraciones del derecho. Retomo aquella primera impresión sobre los bienes jurídicos que considera el derecho de la competencia, porque quedan en nuestra conversación algo más cerca que esos otros remedios que he enumerado antes. En eso entiendo, ya lo sabes, que la represión de la competencia desleal es solo un capítulo de un mismo sector, más amplio, que es el derecho de la competencia en general. Los objetivos de la parte participan, necesariamente, en los del todo. En cualquier caso, por el hilo de una eventual infracción desleal nos hemos tropezado, sin histrionismos, con el gran cabo de una hipotética práctica infractora paralela, más o menos consciente, de la generalidad de productores europeos. El problema teórico es, en cualquier caso, si se puede y debe contemporizar en la aplicación de este derecho. Y la cuestión pasa, por eso la anuncié antes, por delimitar con cierta precisión sus objetivos. Nuestra mala suerte es que, para ALFARO, no debe confundirse lo que es el resultado de la aplicación de este derecho -el bienestar del consumidor, el progreso social, la armonización de los mercados, proteger a unas empresas frente a otras- con su verdadero objetivo, que es el de controlar el ejercicio voluntario del poder de mercado<sup>85</sup>. Evita así el autor conflictos, que dice artificiales, a la

---

víctima de la práctica ilícita, reglas que en cualquier caso han sido desarrolladas por la Directiva. Aunque TORRE SUSAETA, V., Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia, Aranzadi, 2016, pp. 93-98, sigue poniendo de manifiesto la insuficiencia de la legitimación ordinaria del consumidor cuando es víctima de ilícitos anticompetenciales.

<sup>83</sup> RITTER, L., Y BRAUN, W. D., European Competition Law: a practitioner guide, Kluwer Legal, p. 75 y 484.

<sup>84</sup> SALINAS, P., Poesía Completa, Lumen, 2001, Presagios-1924, "Suelo": "*Suelo. Nada más./ Suelo. Nada menos./ Y que te baste con eso./ Porque en el suelo los pies hincados,/ en los pies torso derecho,/ en el torso la testa firme, /y allá, al socaire de la frente,/ la idea pura y en la idea pura/ el mañana, la llave /-mañana- de lo eterno./ Suelo. Ni más ni menos./ Y que te baste con eso*".

<sup>85</sup> cfr. ALFARO, J., "Reflexiones sobre los objetivos del Derecho tomando el Derecho de la Competencia como ejemplo", Almacén de Derecho, 23 de marzo de 2017, con cita de POSNER:

hora de contemporizar objetivos que no reconoce como tales, sino como resultados del derecho. Que a las autoridades de competencia no les incumbe mejorar el mercado o su funcionamiento. ¿Tampoco servir a ese objetivo que les es propio exige conservarlo? ¿Qué mercado se controlará mañana si no permanece hoy incólume en una medida suficiente? Dime si los criterios de eficacia a los que se alude en la exposición de motivos de nuestra norma de competencia, sirven para dar una noción más amplia de los objetivos aparentes de este derecho, hasta hacer de él un auténtico instrumento de política económica<sup>86</sup>. Regresa ahora a aquella idea de mercado que describí, como depósito de una fracción de nuestra libertad, de modo que todos nos encontramos consumidos en él. Ya somos una sola cosa y su dolor es y será el nuestro. Se trata entonces de imprimir cierto grado de racionalidad en la discriminación del mejor servicio que pueda hacerse al derecho y al mercado. Siempre la solución conservadora, que vagamente logrará disimular la afirmación que sirve de base a todas las fórmulas de su clase cuando se dicen técnicamente: que, en la herética intervención o control público de la economía, cualquiera que sea su tipología e intensidad, radican todos los males que asolan el Estado y el peor servicio que puede hacerse a la colectividad<sup>87</sup>. El mercado se depura mediante la autorregulación. Aunque después verás que este axioma puede ser también y a su vez una ficción recurrente, bien calculada para la satisfacción de intereses particulares.

He de contarme entre los partidarios de esta segunda solución, eso sí, preñada de matices. Para discernir sobre *lo más racional en el caso* podemos traer aquí lo que hemos aprendido de la crisis del derecho de consumo bancario. Al menos la probada necesidad de atemperar los ánimos para procurar, ordenadamente, un tránsito seguro para derecho y mercado en el que, entre otras cosas, comience por destacarse, por su ejemplaridad, a los empresarios que desarrollaron su tráfico, prestaron un servicio, de manera diligente y socialmente responsable. Aquí, sin un plan previo para el mantenimiento del último vestigio del gran sector industrial europeo, cuando existe un sentimiento generalizado acerca de la importancia de esta clase de industria y su relación con la confianza en la economía, debería hacerse conciliable la necesidad de preservar un espacio de competitividad real entre sus agentes y un estricto grado de

---

*“El objetivo del Derecho de la Competencia es servir a la economía de mercado controlando el poder de mercado”.*

<sup>86</sup> En el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: *“(…) Por lo que se refiere al capítulo segundo, relativo a los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia, dos principios fundamentales rigen su diseño: la independencia de criterio de esta institución con respecto al Gobierno y la separación entre instrucción y resolución. Estos principios han de conjugarse además con la necesidad de coordinar adecuadamente las actuaciones de los órganos encargados de la instrucción y resolución, así como de asegurar la eficacia de la política de competencia como instrumento de política económica”.*

<sup>87</sup> Lo explica así VICIANO PASTOR, J., “Intervención pública en la economía y libre competencia” en Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad, GARCÍA-CRUCES, J. A., 2014, epígrafe 9º: *“Cuando las regulaciones crean innecesarias barreras al comercio, a las inversiones o a la eficiencia económica o, en lugar de fomentar, impiden la innovación; cuando existen duplicidades o las regulaciones tienen por objeto proteger de la competencia intereses particulares; cuando éstas están desfasadas o pobremente diseñadas para alcanzar sus objetivos, dichas regulaciones están sin duda afectando a intereses constitucionalmente protegidos (la libertad de empresa, la interdicción de la arbitrariedad…) y deben entenderse mal adoptadas. No obstante (…) de ello no se puede deducir que todas las regulaciones son ineficientes o innecesarias y que deban someterse en todo caso al control de proporcionalidad, como pretenden hoy en día las políticas de better regulation”.*

cumplimiento normativo con un primario instinto de conservación, por ejemplo, de los cientos de miles de empleos directos e indirectos que genera en todo el continente<sup>88</sup>. Nuevamente, para la solución de este caso se reproduce la tensión entre las nociones de oportunidad y conveniencia en la interpretación y aplicación del derecho. Censurarás este discurso, sí, por resultarte pieza de escándalo que no alcanza nada en concreto, excepto una invitación a la omisión de la aplicación inmediata del derecho-sanción pública o privada (que, si es generalizada, pesaría tanto o más que la pública.) Aducirás que, entre otros efectos igualmente graves, se puede incentivar así el incumplimiento de las empresas y conducir al desaliento a los ciudadanos. Dilo así y dirás bien, si es tu ánimo, aunque en esa solución todavía entiendo compatible el que pudiera procurarse, al mismo tiempo que se distrae por un momento la aplicación fría del derecho, una responsabilidad individual, inmediata y grave, de los gestores de empresas infractoras. Debo reconocer, sin embargo, que temo que la contraposición de lo que puedan ser exigencias individuales y necesidades colectivas no resulta tan limpia como parece en esta segunda solución. Ya lo advertí.

De nuevo, ¿quién es *el mercado*? ¿A quién rinde la solución del caso? ¿Qué salida será esa? Porque ejercer la defensa del derecho individual que es lesionado es procurar a un tiempo la defensa del derecho social<sup>89</sup>, dado que los derechos individuales y de la colectividad se encuentran conectados por el deber social de amparar los primeros<sup>90</sup>, la cuestión a dilucidar es y siempre será si el derecho invariablemente exige lucha o si perdura donde se tolera la pérdida de una parte de él; que la conservación del interés social superior puede exigir el sacrificio de un derecho individual o, lo que es lo mismo, la obligación de soportar el menosprecio de una fracción del propio derecho social que se enlaza con aquél. Pero, quien más enérgicamente reivindique la conservación de una parte mayor del derecho social, ¿lo hará desinteresadamente o en la sola medida en que, de la misma manera, ese interés social esté conectado con el aseguramiento de otro individual y propio? En esto se compendia el afán de nuestro tiempo y la paradoja de esta historia, que le es tan usual y conforme, a modo de conclusión clara y asequible. Todo aunque, como yo hago, se contemple desde la noche más oscura.

Tercero. Tú quieres ser bueno y abrigas ideas de progreso. No te satisfaces con una mera aplicación lineal de las normas y menos todavía con dejar algunas cosas, las que más te estorban, como están. Tu espíritu no se ha doblegado hasta ahora por la persecución del mundo y tu garganta reserva un aliento transformador, forjado de metales preciosos, que es la melodía que ha de coronar la mañana luminosa en que logres desvanecer la oscuridad del derecho. Dirás que existe una vía complementaria a la insuficiente aplicación del derecho -tú irás más allá, mar adentro- o alternativa al tramposo enfrentamiento de los intereses de dos sujetos, tal y como últimamente ya reconocí que puede hacerse para pervertir esa segunda solución y eludir así una responsabilidad estrictamente individual. Una tercera opción, que además es la que el

---

<sup>88</sup> Para SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, Traducción de CARLOS RODRÍGUEZ BRAUN, Alianza, 2011, p. 332: “*Si una industria en concreto fuese realmente necesaria para la defensa de la sociedad, entonces puede que no sea siempre prudente que el abastecimiento de sus productos dependa de nuestros vecinos*”.

<sup>89</sup> cfr. IHERING, R. V., *La lucha por el derecho*, Biblioteca Virtual Universal, 2003, p. 24.

<sup>90</sup> The unanimous Declaration of the thirteen United States of America-Declaration of Independence July 4th 1776, Yale Law School, The Avalon Project: “(…) *That to secure these rights, Governments are instituted among Men, derivin their just powers from the consent of the governed*”.

caso señala como más urgente, frente al dolor que pueda causar finalmente la invocación de un estricto concepto de legalidad -quieres hacer algo más útil de ese dolor- y también frente al riesgo de instrumentalización de los intereses de la colectividad, que en cualquier caso aspiras a proteger de una manera más perfecta que la que ofrece la propuesta conservadora. Dirás entonces que es el momento para una transición basada en una idea de cooperación económica entre los particulares. Que al ciudadano le incumbe ahora empoderarse, mediante la participación y la colaboración, para liberarse de las cadenas que para él dispusieron poderes tenebrosos, que durante largo tiempo han conducido su comportamiento en el mercado. Si las empresas han determinado hasta ahora las decisiones de consumo, es momento de que sea la opción común por un consumo responsable la que influya en el comportamiento de las empresas, mudando a un tiempo las convicciones que se esconden tras las normas que sirven para delimitar el marco de relaciones que es el mercado. Ensayarás otras normas. Quieres transformar el mercado. Porque necesitas involucrarme para ese consenso, me concederás que el cambio que así se procurará en su dirección también puede ser sereno. Una nueva ética en el consumidor, acaso una primera ética en el consumidor, dará un giro al derecho e impondrá necesariamente a los empresarios la asunción de criterios de compromiso social en su tráfico ordinario<sup>91</sup>. Para eso no serán necesarias sanciones tan graves e inmediatas o, mejor dicho, de este modo las sanciones se provisionarán en el tiempo, preservándose mejor la estructura del mercado.

Pero las primeras experiencias de esa economía colaborativa nos hablan de que es sola apariencia: ya enseñan que únicamente estamos procurando un cambio de agentes y no de roles<sup>92</sup>. Confundes la confianza que tú mismo te mereces con la que deberían inspirarte tus semejantes. El consumidor no se implica, al adquirir bienes y servicios, en el análisis de las circunstancias que pueden estar determinando su decisión, mucho menos en los efectos que esta pueda a su vez comportar para los demás. Desde su preocupación por el mundo y la cuestión ecológica -que hace claramente económica y social y así hemos de leerle-, FRANCISCO resume el obstáculo de esta manera:

*“El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos, buscando atender las necesidades de las generaciones actuales incluyendo a todos, sin perjudicar a las generaciones futuras. Se vuelve indispensable crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecno-económico*

---

<sup>91</sup> Para ARIAS, X. C., y COSTAS, A., La nueva piel del capitalismo, Galaxia Gutenberg, 2016, p. 261: “una generalización de esos debates sobre los resultados del mercado desde el punto de vista de sus efectos morales incorporaría grados de profundidad y diversidad al razonamiento económico que debieran ser, desde luego, bienvenidos”.

<sup>92</sup> CALO, R., y ROSENBLAT, A., “The Taking Economy: Uber, Information and Power”, Columbia Law Review, Vol. 117, 2017: “Commercial firms have long used what they know about consumers to shape their behavior and maximize profits. By virtue of sitting between consumers and providers of services, however, sharing economy firms have a unique capacity to monitor and nudge all participants — including people whose livelihood may depend on the platform. Much activity is hidden away from view, but preliminary evidence suggests that sharing economy firms may already be leveraging their access to information about users and their control over the user experience to mislead, coerce, or otherwise disadvantage sharing economy participants”.



*terminen arrasando no solo con la política sino también con la libertad y la justicia*<sup>93</sup>”.

Ahora ves que tus símbolos no son tan nuevos como te parecían, reverberan desde lo que desoyes por ser Cátedra de la costumbre. Yo te digo que tus razones tendieron sus raíces justo a dos palmos de la quijada que empleó Caín. Y mi escepticismo desechará ese propósito tuyo que acaso mañana ya habrás olvidado<sup>94</sup>. Porque solo me ofreces luces de conciencia, necesitadas de líderes que las practiquen, con mucho acierto, respecto de cosas sensibles. Pero tu madera de líder es para una buena hoguera<sup>95</sup>. Yo seguiré en la segunda solución, pese a su previsible porquería. Aunque me aborrezco cuando barrunto que, si evito una sanción inmediata y mientras no me tropiece con un nuevo liderazgo social que conmine mi conducta, mañana será también tu interés particular frente al mío, que seguiré confundiendo con el interés de la colectividad para anegar el tuyo. Esta comprensión del caso y de la segunda solución que planteo me resulta desesperada.

Porque reparo que hasta aquí tú y yo ya no somos yo y tú, sino cada uno otro Carnéades, aferrados a una barquilla que amenaza perderse entre los embates del torrente de la Historia, que se hilvana con los grandes propósitos y acontecimientos para los que no abultamos tan siquiera como un grano de mostaza. Entonces cuídate de mí, Lázaro, pues aún para nuestro afecto será el día en que yo diré que quiero ver antes incólume la parte mínima que más me atañe en el Estado, que satisfecho tu derecho particular más sensible<sup>96</sup>. ¡Qué soledad tan perfecta y terrible comparten dos naufragos! Mira que existe una dimensión de nuestra autonomía que siempre habrá de resultarte sobrecogedora: ¿cuál es el estado de ánimo que corresponde a este comprender?<sup>97</sup> Arrójate fuera si así lo deseas y clama que es necesario participar en la comunidad y en las cosas que son tuyas, para encontrar en ellas a los otros<sup>98</sup>. Todo para superar, aunque el método no siempre pueda expresarse en términos jurídicos o económicos, el *aislamiento* de los hombres, que es la génesis auténtica de su comportamiento egoísta, es decir, de todo lo que nos sirve para explicar *lo social*, que por reacción da lugar al

---

<sup>93</sup> FRANCISCO, Laudato Si, Carta Encíclica dada en Roma el 24 de mayo de 2015.

<sup>94</sup> Algo parecido en VALLE-INCLÁN, R., Luces de Bohemia, Austral, 1999, Escena 14<sup>a</sup>: “(...) *El Marqués (a Rubén Darío): ¡Mañana! Mañana habremos los dos olvidado ese cristiano propósito*”.

<sup>95</sup> cfr. SHAKESPEARE, W., Macbeth, Traducción de MIGUEL ÁNGEL CONEJERO, Alianza Editorial, 2013, Acto I, Escena V: “(...) *Lady Macbeth: (...) Mas temo tu carácter: está muy empapado de leche de bondad para tomar los atajos. Tú quieres ser grande y no te falta ambición, pero sí la maldad que debe acompañarla. Quieres la gloria, mas por la virtud; no quieres jugar sucio*”.

<sup>96</sup> cfr. CAMUS, A., La Peste, Edhasa, 2011. p. 238: “(...) *nada en el mundo merece que se aparte uno de los que ama. Y sin embargo, yo también me aparto sin saber por qué*”.

<sup>97</sup> HEIDEGGER, M., Ser y Tiempo, en la traducción de Jorge Eduardo Rivera para la edición digital de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl), p. 289: “¿Cuál es el estado de ánimo que corresponde a este comprender? La comprensión de la llamada abre al propio Dasein (N. del. A.: la existencia) en la desazón de su aislamiento. La desazón (...) se abre por medio de la disposición afectiva de la angustia implicada en ese comprender. El factum de la angustia de conciencia es una comprobación fenoménica de que en la comprensión de la llamada el Dasein es llevado ante lo desazonante de sí mismo. El querer-tener-conciencia se convierte en disponibilidad para la angustia”.

<sup>98</sup> Este ya fue el desenlace identitario de lo que dio en llamarse el *existencialismo cristiano* de GABRIEL MARCEL, al menos según lo explica y censura SARTRE, J. P., El existencialismo es un humanismo, Fondo documental digital Universidad Complutense de Madrid.

haz de conductas que el derecho persigue inspirar o reprimir y al depósito de recursos que la economía pretende distribuir o reservar. Eso todavía puede ser el mercado.

Fresca está ya la tarde bajo de este emparrado, el sol declina. Pronto será para nosotros una nueva partida. A los errantes no nos está dada la gracia para señalar el rumbo de ninguna ruta, acaso sí la posición para predecir su destino. Que mi angustia no te conduzca a la pasividad o, aún peor, a obrar de mala fe. Hazte responsable de tu libertad, al menos en la medida en que puedas disponer de ella. Luego quédate sujeto a mis consejos: ambiciona los talentos medianos<sup>99</sup>. Tu vida quedará salvada de la penalidad propia de la existencia del hombre bajo, que duramente puede asirse a un extremo de la balsa que podría resultar su salvación. Rabia. También habrás despistado la presunción de algunos de los hombres más distinguidos, cien veces ciegos, que inflamados de codicia creen poder gobernar el derrotero de un esquife ancorado de los cien mil brazos de la cólera de los primeros. Los unos son la carne de la vid, los otros se enseñorean de ser el lagar donde la pulpa se pisotea. Tú, pacífico y descansado, serás el primero en paladear el mosto. Vuelvo a la suerte del camino. ¿Tú harás ventaja? Silencio. Come y bebe y abrázame después, como los buenos hijos de la tierra. Miénteme a más de despedirme, apresúrate mientras yo te bendigo: dime que habrías ido en mi búsqueda si yo no hubiera regresado.

*Para J.*



### ***Bibliografía citada***

ALFARO, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, Revista de derecho mercantil, N° 202, 1991.

ALFARO, J., “Competencia desleal por infracción de normas: las normas sobre chalecos reflectantes”, Almacén de derecho, 14 de marzo de 2011.

ALFARO, J., “Conceptos indemnizatorios en caso de retraso de vuelos: daños ex Reglamento 261/2004 por retraso vs. daños Morales”, Almacén de Derecho, 27 de abril de 2015.

ALFARO, J., “Reflexiones sobre los objetivos del Derecho tomando el Derecho de la Competencia como ejemplo”, Almacén de Derecho, 23 de marzo de 2017.

ANÓNIMO, Lazarillo de Tormes, Anaya, 2004, Comentario de ÁNGEL BASANTA.

ARENDRT, H., Eichmann en Jerusalén, Lumen, 2ª edición, 1999.

ARIAS, X. C., Y COSTAS, A., La nueva piel del capitalismo, Galaxia Gutenberg, 2016.

BERCOVITZ, A., “Disposiciones Generales” en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ, A., Coordinador, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

CALO, R., y ROSENBLAT, A., “The Taking Economy: Uber, Information and Power”, Columbia Law Review, Vol. 117, 2017.

CAMUS, A., La Peste, Edhasa, 2011.

---

<sup>99</sup> cfr. DEFOE, D., Robinson Crusoe, Edhasa, 2013, pp. 7-8.

- CARRASCO PERERA, A., Derecho de Contratos, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil, Vol.II, Instituto Editorial Reus, 6ª edición, Madrid, 1943.
- CERVERA, M., “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal” en Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad, Director GARCÍA-CRUCES, J. A., Tirant lo Blanch, 2014.
- DEFOE, D., Robinson Crusoe, Edhasa, 2013.
- DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil Vol. II, Tecnos, 9ª edición, 2001.
- ERVITI ORQUÍN, E., Daños al consumidor y quantum indemnizatorio, Thomson-Aranzadi, 2005.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª., La reestructuración de las deudas en la Ley de la segunda oportunidad, Bosch, 2015.
- FRANCISCO, Laudato Si, Carta Encíclica dada en Roma el 24 de mayo de 2015.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “Actos de engaño” en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ, A., Coordinador, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- GÓMEZ POMAR, F., AZAGRA MALO, A., RUIZ GARCÍA, C. A., “Límites de responsabilidad y responsabilidad de cuantías” en Tratado de responsabilidad civil del fabricante, SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ POMAR, F., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Aporías y distorsiones en el carácter objetivo de la responsabilidad civil por productos defectuosos”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2014, Aranzadi, 2014.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)”, Diario La Ley, Nº 7859, Sección Doctrina, 16 de Mayo de 2012.
- HECLO, H., Pensar institucionalmente, Paidós, Madrid, 2010.
- HEIDEGGER, M., Ser y Tiempo, en la traducción de Jorge Eduardo Rivera para la edición digital de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl)
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El régimen de prueba en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos” en La prueba judicial, ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., Y RICHARD GONZÁLEZ, M., La Ley, 2011.
- HÖLDERLIN, F., Poesía Completa, Ediciones 29, 5ª edición, 1995.
- IHERING, R. V., Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica, Civitas, 1993, Traducción TOMÁS A. BANZHAF.
- IHERING, R. V., La lucha por el derecho, Biblioteca Virtual Universal, 2003.

IZQUIERDO CARRASCO, M., Y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Potestad sancionadora” en La defensa de los consumidores y usuarios-Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007, IZQUIERDO CARRASCO, M., Y REBOLLO PUIG, M., Iustel, 2011.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo” en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición, 2015.

MASSAGUER, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas, 1999.

MENÉNDEZ PUJADAS, A., Encuesta sobre préstamos hipotecarios en España: enero de 2017, Artículos analíticos 2017, Banco de España.

NAVARRO AZPIROZ, G., “Responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos por inactividad administrativa ante situaciones de ruido”, Diario La Ley, Nº 7709, Sección Tribuna, 5 de octubre de 2011, Año XXXII, Ref. D-367, Editorial LA LEY.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., “La prueba del defecto cuando el producto defectuoso desaparece” en La prueba judicial, ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., Y RICHARD GONZÁLEZ, M., La Ley, 2011.

NAVARRO SUAY, Mª. C., Las conductas conscientemente paralelas, Thomson Civitas, 2005.

ORTIZ BAQUERO, I. S., La aplicación privada del derecho de la competencia, La Ley, 2011.

PADILLA, A. J., Y GUTIÉRREZ, I., “Economía de la competencia” en Tratado de derecho de la competencia, Director BENEYTO PÉREZ, J. Mª., Bosch, 2005.

PARRA LUCÁN, Mª. A., “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad existentes en el momento de su notificación”, Revista CESCO, 7 de enero de 2015.

PARRA LUCÁN, Mª. A., “Responsabilidad civil por bienes o Servicios defectuosos” en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición, 2015.

PLATÓN, República, Traducción CONRADO EGGERS LAN, Gredos, 1986.

RIMBAUD, A., Obra completa bilingüe, Atalanta, 2016.

RITTER, L., Y BRAUN, W. D., European Competition Law: a practitioner guide, Kluwer Legal, 2004.

SALINAS, P., Poesía Completa, Lumen, 2001.

SARTRE, J. P., El existencialismo es un humanismo, Fondo documental digital de la Universidad Complutense de Madrid, Traducción de VICTORIA PRATI DE FERNÁNDEZ.

SHAKESPEARE, W., Julio César, Traducción ÁNGEL LUIS PUANTE, Universidad de Murcia, 1987.

SHAKESPEARE, W., Macbeth, Traducción de MIGUEL ÁNGEL CONEJERO, Alianza Editorial, 2013.

SMITH, A., La riqueza de las naciones, Traducción de CARLOS RODRÍGUEZ BRAUN, Alianza, 2011.

STEINBECK, J., Las uvas de la ira, Alianza, 2012.

SUÑOL, A., “Algunos aspectos procesales sobre la Directiva de protección de secretos empresariales”, Almacén de derecho, 17 de septiembre de 2016.

TORRE SUSAETA, V., Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia, Aranzadi, 2016.

VALLE-INCLÁN, R., Luces de Bohemia, Austral, 2ª edición, 1999.

VICIANO PASTOR, J., “Intervención pública en la economía y libre competencia” en Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad, GARCÍA-CRUCES, J. A., 2014.

VELASCO CABALLERO, F., DÍAZ SASTRE, S., Y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “Infracciones y sanciones” en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición, 2015.

ZINGALES, L., “Capitalism after the crisis”, National affairs, 2009.