

BATALLA LEGAL CONTRA VOLKSWAGEN: EL DESMEDIDO INTERÉS DE LOS AFECTADOS EN OBTENER UN BENEFICIO ECONÓMICO DEL ESCÁNDALO DIESELGATE

Ángel Carrasco Perera

Lourdes García Montoro

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Casi un año después de que se destapase el escándalo Volkswagen, y siendo la incertidumbre la tónica que sigue predominando en los propietarios de vehículos equipados con el motor diésel EA 189 Euro 5 de Volkswagen, algunos se han aventurado ya en la batalla legal contra los concesionarios y la matriz Volkswagen A.G. con las más diversas pretensiones: la sustitución del vehículo por uno nuevo, la devolución del precio o la indemnización de daños y perjuicios, sin que por el momento exista una posición jurisprudencial uniforme al respecto. Este documento expone el origen del problema y recoge las decisiones judiciales adoptadas hasta el momento en España y Alemania, así como los problemas que están por venir y que dificultan que el consumidor recupere la confianza en la marca e impide que Volkswagen mantenga su nivel de producción e ingresos.

Palabras clave: falta de conformidad, reparación, sustitución, rebaja del precio, resolución contractual, error, dolo, Volkswagen, dieseldate, emisiones contaminantes, pérdida del valor de uso.

Title: Legal battle against Volkswagen: undue interest of those affected by the dieseldate scandal to obtain an economic benefit

Abstract: Almost a year after the notice of violation of the American Clean Air Act by Volkswagen, the owners of such cars are still worried about the measures needed to adjust their cars' engine diesel EA 185 Euro 5 to the requirements of the European legislation. Some of the customers have already entered into a legal battle against auto dealers and Volkswagen A.G., expecting to get a new car instead of the defective one, or asking for a compensation. The European courts have not reached yet a common position. This paper explains where the problem comes from and collects the judicial decisions issued by both Spanish and German courts, and the problems that are still to come and that make it hard for customers to trust Volkswagen again.

Keywords: lack of conformity, repair service, replacement, price reduction, contract termination, error, wilful misconduct, Volkswagen, Dieseldgate, polluting emissions, depreciation of the value in use.

SUMARIO: 1. El origen del escándalo Volkswagen. 1.1. *Un software que falsea el volumen de emisiones de NO_x como epicentro del engaño.* 1.2. *Homologación de vehículos: los límites de emisiones permitidos por las normas Euro 5 y Euro 6.* 1.3. *Medidas técnicas para adaptar las emisiones a lo dispuesto en la normativa europea.* 2. *Conciencia medioambiental, pero sólo cuando hay dinero de por medio.* 2.1. *Legitimación activa: particularidades de la acción colectiva* 2.2. *Legitimación pasiva: fabricante o vendedor.* 3. *Las pretensiones de los conductores Volkswagen: por pedir que no quede....* 3.1. *Nulidad contractual por vicio del consentimiento.* 3.2. *Resolución por falta de conformidad.* 3.3. *Reducción del valor de mercado o merkantiles Mindestwert.* 3.4. *Restitución recíproca de prestaciones.* 3.5. *Indemnización de daños y perjuicios.* 4. *La postura de los órganos jurisdiccionales: resoluciones "made in Germany".* 5. *Sanciones administrativas a las que podría enfrentarse Volkswagen.* 6. *La pesadilla de la que Volkswagen no puede despertar: responsabilidad penal por presunto fraude de subvenciones y delito contra el medio ambiente*

1. El origen del escándalo Volkswagen

En septiembre de 2015, la Agencia de protección medioambiental de Estados Unidos (EPA) acusó a Volkswagen de instalar en los vehículos fabricados por su marca un software que falsea las emisiones contaminantes del coche en condiciones normales de conducción y muestra unos valores inferiores a los reales en el banco de pruebas, vulnerando la normativa de protección medioambiental estadounidense¹. Volkswagen reconoció la instalación fraudulenta del software en los motores diésel EA 189 equipados en vehículos Volkswagen y Audi fabricados entre 2009 y 2015². En Estados Unidos se comercializaron aproximadamente 482.000 vehículos de la marca, pudiendo alcanzar el número de vehículos afectados los 11 millones en todo el mundo.

Los propietarios europeos de vehículos equipados con el motor controvertido se vieron sorprendidos por la noticia de la magnitud del problema, al conocerse que también coches de las marcas Seat y Skoda portaban estos motores. La falta de información por parte del fabricante agravó la preocupación de los propietarios de vehículos de estas marcas, quienes tenían que conformarse con la breve definición del problema ofrecida en la página web de Volkswagen y del resto de

¹ "On September 18, 2015, EPA issued a Notice of Violation of the Clean Air Act to Volkswagen AG, Audi AG, and Volkswagen Group of America, Inc. alleging that model year 2009 – 2015 Volkswagen and Audi diesel cars equipped with 2.0 liter engines - approximately 499,000 vehicles - included software that circumvents EPA emissions standards for nitrogen oxides. This software is a "defeat device" as defined by the Clean Air Act.;" <https://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/a883dc3da7094f97852572a00065d7d8/dfc8e33b5ab162b985257ec40057813b!OpenDocument>

² <http://www.expansion.com/empresas/motor/2015/11/20/564f740b268e3e317f8b4646.html>

marcas afectadas, concretamente que *“un software habría causado discrepancias en los valores de óxido de nitrógeno (NO_x) durante las pruebas de dinamómetro”*.

1.1. Un software que falsea el volumen de emisiones de NO_x como epicentro del engaño

En concreto, se trata de que los motores Diésel modelo EA 189 de Volkswagen superan el límite de emisiones NO_x permitido por el Reglamento 715/2007³. El fabricante manipuló el software del vehículo para que pudiera detectar cuándo se encuentra en un banco de pruebas y reducir el volumen de emisiones en ese momento. Al detectar el software que las ruedas del vehículo se mueven pero no existe desplazamiento, se activa el “modo prueba” y se adecúan las emisiones a lo establecido por la norma, volviendo a superar el límite una vez el coche se pone en funcionamiento con normalidad.

Aunque el coche es más contaminante de lo que sería deseable, ello no afecta a la seguridad ni a la aptitud del vehículo para la circulación desde un punto de vista técnico, con lo que puede seguir circulando con total tranquilidad.

El “engaño”⁴ reside en haber comercializado el vehículo prometiendo un volumen de emisiones inferior al real. Sin embargo, probablemente son pocos los compradores que hayan adquirido el vehículo por sus características *eco-friendly*; de hecho, en un municipio con poco más de 83.000 habitantes, de 60 vehículos del mismo modelo vendidos en un año, tan sólo 3 de ellos iban equipados con el motor Ecomotive (más respetuoso con el medio ambiente). La razón: cuesta 500 euros más que el motor standard.⁵

1.2. Homologación de vehículos: los límites de emisiones permitidos por las normas Euro 5 y Euro 6

El Reglamento 715/2007 estableció los límites de emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros que resulta necesario respetar para obtener la homologación. Dichos límites, recogidos en el Anexo I, cuadros 1 y 2 del Reglamento, se han ido aplicando gradualmente durante el periodo 2009-2014.

Por lo que respecta a los límites de emisiones recogidos bajo la rúbrica Euro 5, por lo que aquí interesa, se fijan en (NO_x) 180 mg/km. Todos los vehículos que pretendiesen obtener la homologación de tipo CE o la

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32007R0715>

⁴ Utilizamos aquí la palabra “engaño” como descripción de la conducta de Volkswagen al publicitar el vehículo incluyendo entre sus características un volumen de emisiones distinto al real, sin intención de prejuzgar la calificación de la conducta como engañosa desde el punto de vista legal.

⁵ Investigación realizada por CESCO en el marco del estudio del comportamiento de los compradores de Volkswagen. Datos referidos a vehículos comercializados en el municipio de Toledo. Datos no oficiales.

homologación de tipo nacional a partir del 1 de septiembre de 2009 debían respetar este índice.

Por su parte, el listado de límites de emisiones denominado Euro 6 establece un máximo de (NO_x) 80 mg/km, resultando de aplicación a los vehículos que obtuvieron la homologación a partir del 1 de septiembre de 2014.

Sin embargo, habiéndose comprobado que los vehículos en condiciones normales de conducción podrían emitir gases contaminantes por encima de estos valores, y con vistas a la futura implantación de un sistema de "real driving test" para la obtención de la homologación de vehículos⁶, la Unión Europea ha decidido flexibilizar sus criterios y permitirá a los fabricantes de vehículos un factor de conformidad del 2,1 (110%) en caso de superación del límite de emisiones de NO_x (80 mg/km), factor que dejará de ser aplicable como máximo en 2021. A partir de entonces, el factor de conformidad será de 1 más el margen de error (actualmente del 0,5), lo que supondría que el límite se podría superar en un 50% con un factor de conformidad del 1,5⁷.

El Consejo Europeo adoptó este paquete de medidas en febrero de 2016 con la intención de facilitar a los fabricantes la adaptación de su producción a lo establecido por la normativa, olvidando que los límites previstos por las normas Euro 5 y Euro 6 se habían anunciado ya con ocasión de la publicación del Reglamento 715/2007, sin que parezca coherente pensar que los fabricantes de vehículos europeos desconocieran la necesidad de adaptarse a estos parámetros en los plazos previstos.

Poco probable parece que los vehículos afectados por el escándalo de las emisiones en el caso Volkswagen puedan perder su homologación CE y ser retirados del mercado, uno de los tantos miedos que pesaban sobre los propietarios de estos vehículos cuando se dio a conocer la noticia. Pero el límite de emisiones superado se refiere al gas NO_x, parámetro que no se incluye en la ficha de inspección técnica del vehículo, sin perjuicio de la posible comisión de infracciones e imposición de sanciones que pudieran derivarse de la falta de conformidad del tipo de homologación CE para Volkswagen⁸.

⁶ La medición de las emisiones en un ciclo de ensayo en laboratorio será sustituido por un procedimiento de ensayo de emisiones en condiciones reales de conducción (RDE, real driving emissions) que evaluará los resultados reales de emisión de los vehículos en carretera, http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/medio-ambiente/emisiones-diesel_es.htm;

⁷ <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/02/12-vehicle-emissions-in-real-driving-conditions-2nd-package/>

⁸ A este respecto, ver CARRASCO PERERA, A.; GARCIA MONTORO, L.; "Volkswagen: "el coche del pueblo" engañado y confundido"; CESCO, Noviembre 2015; <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/117.pdf>

1.3. *Medidas técnicas para adaptar las emisiones a lo dispuesto en la normativa europea*

Tras el desconcierto inicial en cuanto a las medidas a adoptar para adecuar las emisiones de los vehículos afectados a lo dispuesto por la normativa, tal y como lo exigió la Agencia Federal de Transportes alemana⁹ en octubre de 2015¹⁰; en junio de 2016 se han iniciado las acciones técnicas necesarias para reprogramar el software y reducir las emisiones contaminantes de los vehículos equipados con motores Diésel EA 189¹¹, si bien sólo para algunos modelos¹², encontrándose el resto de medidas propuestas para la readaptación de otros vehículos pendientes de aprobación por el KBA.

Con la adopción de estas medidas, Volkswagen pretende reducir el volumen de emisiones contaminante de los vehículos afectados, y garantizar el mantenimiento de las prestaciones de las que el conductor venía disfrutando, evitar que aumente el consumo de combustible o se generen nuevos ruidos previamente inexistentes. Además, ofrecerá a sus clientes un medio de transporte adecuado y gratuito durante el proceso de readaptación de su vehículo¹³.

2. **Conciencia medioambiental, pero sólo cuando hay dinero de por medio**

Los conductores de vehículos Volkswagen y del resto de marcas afectadas por el caso de las emisiones no parecían, por regla general, tener mayores problemas con el funcionamiento de sus vehículos; pero aprovechando las circunstancias muchos se han convertido en ecologistas convencidos, condición que les impide conducir un coche cuyo volumen de emisiones es superior al legalmente permitido, aunque antes del destape del escándalo ni siquiera supieran que su coche emitiera gases contaminantes distintos del CO₂ – si es que lo sabían – y de qué volumen se trataba.

Pero esta es una buena oportunidad para obtener un beneficio, ya sea reclamando la sustitución del vehículo “defectuoso” por uno nuevo, o bien devolviendo su coche y reclamando el reintegro de la cantidad pagada por él, sin

⁹ En adelante, KBA, por sus siglas en alemán: Kraftfahrt-Bundesamt

¹⁰ http://www.kba.de/DE/Home/infotext_startseite_VW_komplett.html;jsessionid=9298420DC67E95F763DFBFDE81008FAB.live1041

¹¹ <http://www.volkswagen.de/de/volkswagen-aktuell/News.suffix.html/2016~2Ffreigabe-der-technischen-loesungen.html>

¹² Volkswagen Caddy, Tiguan, Amarok, Eos, CC y Passat, los Audi A4, A5 y Q5 y el Seat Exeo, según publica “El diario montaños” en junio de 2016; <http://www.eldiariomontanes.es/economia/empresas/201606/13/volkswagen-activa-espana-procedimiento-20160613120647-rc.html>; BKA respecto del modelo Amarok, diésel de 2,0 litros; http://www.kba.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2016/Allgemein/pm03_16_vw.html?nn=646300

¹³ Lo cual no significa, necesariamente, que le vayan a facilitar un vehículo de sustitución, quizá es el propio mecánico del taller quien le transporta al lugar que desee y le recoge de nuevo tras el proceso de readaptación de su vehículo, o ponen a su disposición un taxi con esta finalidad, etc.

olvidar pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios que la conducta de Volkswagen ha causado a sus clientes. De ahí que muchos consumidores, abogados y asociaciones de consumidores y usuarios oportunistas se hayan embarcado en una batalla legal contra Volkswagen pretendiendo, de forma más o menos fundamentada según el caso, sacar tajada del asunto.

2.1. *Legitimación activa: particularidades de la acción colectiva*

La OCU ha presentado recientemente una demanda colectiva ante los Juzgados de lo mercantil de Madrid contra Volkswagen-Audi S.A. mediante la que se reclama la reparación de los vehículos afectados en un plazo no superior a un mes y el abono de una indemnización no inferior a 2.000 euros¹⁴. A la demanda se habrían adherido ya cerca de 4.000 afectados. La OCU se acoge a la legitimación activa que le atribuye el artículo 11.1 LEC para ejercitar la acción colectiva en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, de la propia asociación y de sus asociados, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados.

Los afectados (en cada país y en conjunto) por el asunto Volkswagen constituyen un colectivo determinado o fácilmente determinable, en el sentido del art. 11.2 LEC. En consecuencia, una acción colectiva podrá ser instada por el "grupo" de afectados o por una asociación de consumidores. Esto comporta que no podrá acudirse a la vía del art. 11.3 y pretender por la asociación (sólo de consumidores, no de "afectados") que se trata de una acción en defensa de intereses difusos. La cuestión tiene importancia. Primero, porque el promotor de la demanda colectiva tendrá que proceder de la engorrosa forma prevista en el art. 15.2 LEC, lo que exige, de hecho, que el promotor notifique a todos y cada uno de los interesados. Segundo, porque no podrá contar para ello con la posibilidad de exigir a Volkswagen que le entregue a este fin la lista de clientes, a tenor de la jurisprudencia constitucional habida hasta el presente¹⁵. Y la cosa tiene su importancia porque la extensión del efecto de cosa juzgada del art. 221.1.1º LEC depende en este caso de que todos los afectados hayan sido identificados. Más aún, ni tan siquiera se extendería el efecto de cosa juzgada – de existir condena dineraria- a los consumidores que no se hubieran adherido a la demanda del art. 11.2 LEC¹⁶.

2.2. *Legitimación pasiva: fabricante o vendedor*

En la demanda interpuesta por la OCU se identifica como contraparte demandada a Volkswagen-Audi S.A., filial española de Volkswagen A.G.

¹⁴ <http://www.ocu.org/coches/coches/noticias/volkswagen-demanda>

¹⁵ STC, Sala 1ª, 96/2012, de 7 de mayo; http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/PROTECCION-DE-LA-PRIVACIDAD-DE-LOS-CLIENTES-DE-ENTIDAD-FINANCIERA_1.pdf

¹⁶ CARRASCO PERERA, A.; GARCIA MONTORO, L.; "Volkswagen: "el coche del pueblo" engañado y confundido"; CESCO, Noviembre 2015; <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/117.pdf>

Pero, ¿se le puede atribuir a esta mercantil responsabilidad por la manipulación del software?

A este respecto ya se ha pronunciado la jurisprudencia española, en concreto el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Torrelavega (Cantabria)¹⁷, que sentenció la falta de legitimación pasiva de Volkswagen-Audi S.A. por no haber sido parte en el contrato de compraventa del vehículo y, por tanto, no existir vínculo contractual con el actor, sin que pueda exigírsele responsabilidad contractual. La actividad de Volkswagen-Audi S.A. se limita principalmente a la importación y distribución de los vehículos, pero no a su venta¹⁸.

En cuanto al fabricante, no es aplicable el artículo 142 del TRLGDCU respecto a productos defectuosos, pues el fabricante responde por los daños distintos de los causados en el propio producto vendido y no por las faltas de conformidad. Sólo cabe indemnización por daños conforme a la legislación civil, y Volkswagen-Audi S.A. no es el fabricante.

Otra posibilidad sería demandar al concesionario vendedor, tal y como ocurrió en la sentencia mencionada *ut supra*. En tal caso, no procedería solicitar la nulidad del contrato por dolo reticente, puesto que el dolo fue producido por el fabricante, tercero ajeno al contrato, por lo que el contrato seguiría siendo válido.

El ejercicio de la acción resolutoria contra el vendedor sería otra de las opciones, pero sólo procedería en supuestos de incumplimiento grave, cuando se haya incumplido el fin del objeto (el transporte), o cuando la falta de conformidad sea de tal entidad que no sea susceptible de subsanarse por medios menos gravosos (reparación o sustitución).

Según lo que se acaba de exponer, el éxito – de ser posible – de las demandas interpuestas con ocasión de la manipulación del software en motores Volkswagen para falsear el volumen de emisiones, se reduciría a aquellas pretensiones susceptibles de demandarse del vendedor, pudiendo difícilmente obtener satisfacción en las pretensiones dirigidas contra el fabricante o sus filiales nacionales.

3. Las pretensiones de los conductores Volkswagen: por pedir que no quede...

El propietario de un vehículo Volkswagen¹⁹ equipado con el motor cuyo software falsea las emisiones contaminantes se siente engañado y, aunque sigue usando su coche con total normalidad, quiere obtener una compensación por la mentira del fabricante alemán, si bien no sabe qué ni de qué forma.

¹⁷ SJPI Torrelavega núm. 94/2016, de 19 de mayo.

¹⁸ CARRASCO PERERA, A.; "El caso Volkswagen llega a los Tribunales españoles"; CESCO, Mayo 2016; <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/36/55.pdf>

¹⁹ Nos referimos igualmente a los vehículos de las marcas Audi, Seat y Skoda equipados con el motor diésel EA 189 Euro 5.

En correlación directa con los supuestos de legitimación pasiva que se acaban de mencionar, no sólo es necesario identificar a los sujetos que sean susceptibles de ser considerados como tal, sino que es imprescindible conocer qué pretensiones pueden hacerse valer contra éstos. A continuación analizamos las causas de pedir que se han recogido en las demandas interpuestas hasta el momento contra el Grupo Volkswagen y el éxito o fracaso de las mismas.

3.1. *Nulidad contractual por error como vicio del consentimiento*

Algunos consumidores han alegado que el volumen de emisiones declaradas en el momento de la venta de su vehículo fue determinante en orden a tomar la decisión de su adquisición y que, siendo este valor distinto a aquél que se le prometió cuando compró, incurrió en error al manifestar su consentimiento. Sin embargo, el artículo 1266 Código Civil requiere que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Si se pretende alegar error en el consentimiento, para considerar que existe, siguiendo la línea jurisprudencial, es necesario que (1) el error sea relevante teniendo en cuenta los intereses de las partes, (2) que recaiga sobre la sustancia del objeto o sobre las condiciones que dieron lugar a la celebración del contrato, (3) que exista nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía y (4) que no sea imputable a quien lo padece. Según esto, no existe error relevante en el consentimiento cuando el vehículo sigue siendo apto para la circulación, sin que se haya probado que el actor tenga una especial preocupación por el medio ambiente o que sea ecologista activo, teniendo en cuenta que el vehículo en cuestión no es especialmente contaminante respecto a otros vehículos de otros fabricantes de la misma gama.

Si se pretende solicitar la nulidad contractual basándose en la existencia de vicios *in contrahendo* (error, dolo) no sólo se requiere que el vicio sea excusable y esencial; también es preciso que el elemento sobre el que recayó el defecto de consentimiento hubiera sido un elemento realmente determinante de la declaración de voluntad. Es preciso que el comprador haya puesto *reliance*, que haya consentido porque hubiera creído, que exista una relación causal entre el déficit de información y la prestación del consentimiento. Es cierto que existe todavía alguna jurisprudencia aislada que recuerda que no existe una conexión necesaria entre carencia de información suministrada y error contractual²⁰; pero de hecho se trata casi siempre de declaraciones de estilo, porque sistemáticamente el error se declara producido²¹.

3.2. *Resolución por falta de conformidad*

²⁰ Por ejemplo, SSTs de 29 de octubre de 2013 y de 20 de enero de 2014.

²¹ CARRASCO PERERA, A.; "El caso Volkswagen llega a los Tribunales españoles"; CESCO, Mayo 2016; <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/36/55.pdf>

Distinta es la dinámica del remedio resolutorio por falta de conformidad de la cosa entregada.

La promoción de los vehículos equipados con el motor diésel EA 189 Euro 5 se realizó mediante la difusión de una publicidad en la que se reflejaba determinado volumen de emisiones contaminantes que finalmente han resultado no corresponderse con la realidad. Teniendo en cuenta que el contenido de la oferta, promoción o publicidad se integra en el contrato, aun cuando no figure expresamente en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 61.2 TRLGDCU, dicha circunstancia deberá ser tenida en cuenta para determinar la conformidad del bien con el contrato.

Según lo previsto en el artículo 116.1 del TRLGDCU, los productos son conformes con el contrato siempre que:

"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", o

d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechos por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado. [...]"

Si bien es verdad que existe un engaño en el volumen de emisiones reflejado en las características del vehículo, sigue sirviendo a la finalidad para la que fue adquirido (circular), lo que no obsta a confirmar que efectivamente existe una falta de conformidad, aunque no de una entidad tal que pueda fundamentar la resolución contractual, pero sí la adopción de otros remedios que permitan poner el bien en conformidad con lo previsto en el contrato, es decir, adecuar el volumen de emisiones NO_x a lo prometido en la publicidad. Esta falta de conformidad sólo podría fundamentar la resolución del contrato en el hipotético y poco frecuente caso de que el comprador pudiera probar que el volumen de emisiones prometido fue la causa determinante por la que se adquirió el coche.

Las alternativas que nuestro TRLGDCU prevé para que la falta de conformidad en un bien pueda ser remediada son la reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato. Sin embargo, la aplicación de uno u otro remedio dependerá de la gravedad de la falta de conformidad que presente el bien. Según el artículo 119.1 TRLGDCU *"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. [...]"* Para averiguar cuándo alguna de estas opciones pudiera resultar desproporcionada, habrá que estar a lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo precepto, que considera desproporcionada *"la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor*

costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario”.

Si aun así quedasen dudas sobre cuándo la sustitución sería un remedio desproporcionado en comparación con la reparación, concluye el artículo 119.2 TRLGDCU *“para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento”.*

En adición a esto, el artículo 121 advierte que el consumidor sólo podrá elegir entre la rebaja del precio o la resolución del contrato cuando *“no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario”,* y prosigue *“la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”*²².

Los vehículos afectados por el software serían, en su caso, no conformes al contrato conforme al criterio (sólo) del art. 116 a) TRLGDCU (*“se ajusten a la descripción realizada por el vendedor”*). Un producto puede ser disconforme con el contrato aunque no haya *reliance* del comprador, como prueba a contrario el art. 116.3. Pero si no es preciso que el vicio afectara a la prestación del consentimiento, sí lo es que afecte negativamente al interés de cumplimiento del comprador, de forma que éste disponga de un remedio (reparación, resolución) si la cosa no satisface un estándar de calidad o prestaciones que el comprador podía legítimamente esperar y que resultan frustradas por la falta de conformidad. La *“reparación”* y *“sustitución”* (art. 119 TRLGDCU) son remedios casi-abstractos; para su procedencia basta la simple no conformidad, porque el consumidor tiene derecho absoluto a que le entreguen la cosa como prometida, por muy banal que resulte la falta de conformidad. Pero la resolución (art. 121 TRLGDCU) está sujeta a un test adicional, porque no se puede resolver por defectos *“de escasa importancia”*. Este término no debe entenderse en los limitados términos cuantitativos: *“escasa importancia”* es lo que no afecta al interés de cumplimiento, aunque la reparación/substitución del defecto no resulte posible. Hasta el día de hoy no se ha probado que el software *“mentiroso”* afecte al interés de cumplimiento del comprador en forma de mayores costes, inesperados riesgos o menores prestaciones. Especialmente es el caso si el vendedor se ofrece a reparar la falta de conformidad²³.

²² GARCÍA MONTORO, L.; *“Si adquirió un Volkswagen “contaminante” no puede devolverlo y pretender el reembolso de su dinero”*; CESCO, Abril 2016; <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/114.pdf>

²³ CARRASCO PERERA, A.; *“El caso Volkswagen llega a los Tribunales españoles”*; CESCO, Mayo 2016; <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/36/55.pdf>

3.3. Reducción del valor de mercado o *merkantiles Minderwert*

También cabría plantearse la posibilidad de que el valor del vehículo equipado con el software falsificador de las emisiones de NO_x se vea reducido en el mercado de segunda mano.

Es evidente que existe un *merkantiles Minderwert* de los vehículos afectados por el escándalo del software²⁴. No tiene ninguna importancia que de hecho el vehículo no haya perdido potencia ni aumentado consumo ni perdido su licencia de circulación ni emita más inmisiones que las permitidas (que no es el caso), ni que una cosa u otras tampoco se produzcan si se lleva a cabo una eliminación exitosa del software. Es el mercado el que ya ha depreciado estos vehículos. Probablemente con el tiempo, con la pérdida de actualidad del escándalo, con el acometimiento de acciones reparadoras por parte del fabricante, con el afloramiento de otros escándalos similares en otra suerte de fabricantes, etc., la tasa de desvalor comercial en venta de segunda mano tenderá a bajar e incluso a hacerse inapreciable. Con todo, y por el tiempo presente, ¿cómo indemnizar esta pérdida de valor? ¿De modo abstracto y generalizado, mediante la extracción de una proporción forfait -digamos, el 5%- del valor actual de cada vehículo o como indemnización concreta por el daño real producido por la rebaja efectiva de precio que se produzca cuando el propietario procediera a la reventa del coche usado? No sabemos si lo más justo, pero sí lo menos costoso en términos de costes terciarios y de tiempo de consolidación del conflicto es optar por la primera solución. Las soluciones generales son menos costosas que las individualizadas, y si el valor de la depreciación se ajusta a una cifra razonable (habría que distinguir en ella entre el vehículo ya "reparado" -menor valor de depreciación- y el que todavía no ha pasado por el taller), se eliminaría el incentivo oportunista a hacer negocio a costa del software. Más allá de eso, como solución eficiente y justa, no somos partidarios de que proceda la indemnización consistente en una "rebaja de precio" generalizada para todos aquellos que adquirieron estos vehículos, si ya se han desprendido de los mismos o de su propiedad antes de la publicación del escándalo. Estos vehículos valían lo que se pedía por ellos, con o sin software, porque no se trataba de un vicio oculto que afectara al valor de mercado ni a las prestaciones esperadas. No hubiera sido posible practicar el test diferencial de la acción *quantum minoris* del art. 1486 CC²⁵.

3.4. Restitución recíproca de prestaciones

Otro extremo a considerar es la restitución del valor de uso consumido por el propietario del vehículo, si finalmente se decide una restitución anulatoria o resolutoria (arts. 1295 y 1303 CC). Esta reducción debe

²⁴ Así lo considera también el OLG Celle, en sentencia de 30 de junio de 2016, según la cual "*Fahrzeuge, die von dem Abgasskandal betroffen seien, seien dauerhaft mit einem Makel behaftet, was zu einem merkantilen Minderwert führe*".

²⁵ CARRASCO PERERA, A.; "*El caso Volkswagen llega a los Tribunales españoles*"; CESCO, Mayo 2016; <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/36/55.pdf>

aplicarse; o, lo que es lo mismo, el actor debe devolver el uso consumido, junto con el vehículo tal cual está. El valor de uso se determinará conforme a las tablas usuales de depreciación anual y por kilometraje del valor de un vehículo a precio de nuevo.

3.5. *Indemnización de daños y perjuicios*

Los daños indemnizables sólo podrían ser de cuatro tipos: pérdida de ganancia, mayores costes de manutención, costes incidentales, daño moral. El primero quedaría absorbido en la indemnización, antes propuesta, de la depreciación por el *merkantiles Minderwert*, o sólo podría liquidarse como daño probado real sufrido en la reventa del vehículo. El segundo no se ha probado (sobrecostes de combustible, mayores reparaciones). Los costes incidentales producidos como consecuencia de la visita al taller serán abonados por el fabricante y no por el bolsillo del comprador. Quedan los daños morales: molestias derivadas por la gestión y pérdida de tiempo de la reparación y pura disminución de la calidad de las prestaciones (de probarse) del vehículo después de la eliminación del software. Existen razones de política legislativa para que estos "daños" no resulten indemnizables porque el coste de la litigación no sería socialmente productivo y los resultados positivos resultarían demasiado inciertos, mínimos y especulativos en términos de justicia contractual.

Los órganos jurisdiccionales españoles ya se han pronunciado en cuanto a la imposibilidad de indemnizar por daños resultantes de incumplimiento contractual, con independencia de que el cumplimiento exista o no.

La cuestión se ha vuelto más controvertida – si cabe – desde que Volkswagen accediera a indemnizar a sus clientes estadounidenses hasta con 5.000 dólares en concepto de daños y perjuicios por el falseamiento de las emisiones²⁶, argumento que ahora se esgrime ante los tribunales europeos pretendiendo obtener el mismo resarcimiento para los ciudadanos del viejo continente, que no alcanzan a entender la diferencia de trato del fabricante alemán.

Recientemente se ha dado a conocer también la posibilidad de que los ciudadanos canadienses puedan ser los siguientes en obtener una indemnización por parte de Volkswagen con motivo de la manipulación del software de las emisiones, tomando como ejemplo el acuerdo alcanzado con los clientes estadounidenses²⁷.

²⁶ Ver GARCÍA MONTORO, L.; "¿Son los compradores de Volkswagen en Europa clientes de segunda clase?"; CESCO, Mayo 2016; <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/36/45.pdf>

²⁷ Fuente: Handelsblatt, 19.07.2016; <http://www.handelsblatt.com/my/unternehmen/industrie/dieselgate-in-kanada-vw-droht-die-naechste-milliardenlast/13892850.html?ticket=ST-375125-EvgGdO6eFXZpVSEaWO9U-ap1>;

Frankfurter Allgemeine, 19.07.2016; <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/vw-abgasskandal-volkswagen-milliardenvergleich-in-kanada-14347277.html>

4. La posición de los órganos jurisdiccionales: resoluciones “*made in Germany*”

La última palabra la tienen, sin embargo, los órganos jurisdiccionales. En España, la única resolución judicial en la materia adoptada hasta el momento²⁸ ha optado por rechazar la resolución contractual y exigir la reparación del vehículo en el sentido de readaptar el volumen de emisiones a lo requerido por la normativa y reprogramar el software que las falseaba, desestimando igualmente las pretensiones tendentes al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Por ahora, los más activos han sido los tribunales alemanes, donde sus nacionales se han apresurado a demandar al *Konzern*, existiendo jurisprudencia contradictoria que procedemos a analizar.

Los clientes alemanes de Volkswagen, al igual que el resto de europeos, se sienten engañados y buscan la tutela de los órganos jurisdiccionales para obtener una postura favorable a sus intereses. El poder judicial alemán, sin embargo, no ha conseguido aún ponerse de acuerdo en cuanto a la forma de resolver las peticiones de los consumidores afectados por el escándalo de las emisiones.

Al igual que ocurre en el caso español, la mayoría de los juzgadores²⁹ se han decantado por desestimar las pretensiones de resolución contractual con fundamento en el § 323 I BGB, por considerar que el incumplimiento alegado se refiere a una falta de conformidad insignificante, que puede ser subsanada mediante el procedimiento de readaptación del software equipado en los motores Volkswagen, de conformidad con las medidas propuestas por la multinacional y aprobadas por la Agencia federal de transportes alemana³⁰.

En sentido contrario se pronuncia la sentencia del Landgericht München de 14 abril 2016³¹. En este caso, al vendedor se le imputa el dolo del fabricante, por entenderse que así debe ocurrir dada la estructura de grupo (*Konzern*) que le unía a aquél. Sorprende que el juzgador alemán pase sin solución de continuidad desde las acciones de nulidad por vicios de la voluntad a la resolución del contrato por falta de conformidad no inessential cuyo fundamento último se encontraría en que la cosa vendida no está acomodada al estándar de conformidad que es exigible por haber hecho el vendedor una declaración positiva de cualidades del vehículo. En último extremo, el fundamento de la condena alemana se halla fuera del terreno del dolo *in contrahendo*, y el tribunal enfatiza que una solución salvadora del contrato, mediante la imposición de un deber de reparación, no podía ser impuesta al actor, por la inseguridad de sus resultados, por el tiempo

²⁸ SJPI Torrelavega núm. 94/2016, de 19 de mayo, AC 2016\828, ya mencionada con anterioridad en este documento.

²⁹ LG Bochum Urt. V. 16.03.2016 - I-2 O 425/15; LG Münster, Urt. V. 14.03.16 - 011 O 341/15; LG Dortmund, Urt. V. 12.05.2016 - 25 O 6/16; LG Frankenthal, Urt. V. 12.05.2016 - 8 O 208/15

³⁰ Sentencia del Landgericht Bochum, I-2 O 425/15, de 16 de marzo de 2016. Ver, GARCÍA MONTORO, L.; “Si adquirió un Volkswagen “contaminante” no puede devolverlo y pretender el reembolso de su dinero”; CESCO, Abril 2016; <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/114.pdf>

³¹ LG München, Urt. V. 14.04.2016, I-23 O 33/15

necesario para que tuviera lugar la intervención reparadora (parece ser, casi un año en la lista de espera) y porque las medidas técnicas sustitutivas necesitan conformidad administrativa.

En cuanto a la determinación de qué plazo debe concederse para que el vendedor proceda al cumplimiento tardío³², es decir, a la reparación del bien, de conformidad con el § 323 I en relación con el § 439 III, S.2 y 3, ambos del BGB, dictamina el OLG Celle, en sentencia de 30 de junio de 2016³³, que la consumidora demandante debe esperar a que se adopten las medidas necesarias para la readaptación del software del vehículo, no pudiendo considerarse que el plazo transcurrido hasta el momento sea desmedido, aunque prescinde de determinar un plazo máximo.

5. Sanciones administrativas a las que podría enfrentarse Volkswagen

En los apartados anteriores se ha evidenciado que las técnicas de Derecho privado solo proporcionan la tutela parcial del interés protegido por las normas medioambientales que limitan las emisiones de gases tóxicos. Los particulares afectados sólo podrán exigir la puesta del vehículo en conformidad con el contrato y la residual reparación por la pérdida de valor del coche en el mercado de segunda mano. Sin embargo, no cabe ignorar que también concurren intereses públicos en la preservación del medio ambiente y en que los bienes que se pongan en el mercado sean conformes a las condiciones publicitadas. Tales intereses sólo pueden ser tutelados a través de la intervención sancionadora de las Administraciones públicas competentes.

En Europa se estudia la posibilidad de endurecer la normativa de homologación de tipo CE de los vehículos comercializados en la UE, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2007/46/CE, las autoridades nacionales son las únicas responsables de certificar que un vehículo cumple todos los requisitos de comercialización y que el fabricante respeta las normas de la UE³⁴. Más concretamente, el apartado 1 del artículo 30 de la Directiva 2007/46/CE establece que, cuando el Estado miembro que haya concedido una homologación de tipo CE compruebe que determinados vehículos no se ajustan al tipo homologado, tomará las medidas necesarias, incluyendo, cuando sea necesario, la retirada de la homologación de tipo, para garantizar que los vehículos que se estén fabricando sean conformes al tipo homologado. Además, el artículo 46 de la misma Directiva exige a los Estados miembros que determinen las sanciones y tomen todas las medidas necesarias para su aplicación³⁵.

En Alemania, la fiscalía de Braunschweig estudia multar a Volkswagen por los beneficios obtenidos como consecuencia de la instalación del software que falsea las emisiones, dado que si Volkswagen hubiera invertido en las mejoras de

³² En alemán, "frist zur Nacherfüllung". Extrapolado al sistema español se estaría refiriendo al plazo para la puesta en conformidad del bien (reparación/readaptación del software).

³³ OLG Celle, Beschluss v. 30.06.2016 – 7 W 26/16

³⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-167_es.htm

³⁵ http://ec.europa.eu/spain/pdf/2015/426_preguntas_y_respuestas_sobre_contaminantes.pdf

dispositivos de control de las emisiones contaminantes los beneficios del grupo habrían sido menores, por lo que se le podría requerir que devuelva la diferencia³⁶.

En España, se podría sopesar la posibilidad de que la conducta de Volkswagen fuera sancionable por concurrir el ilícito del artículo 31.2 a) de la Ley 21/1992, de Industria, que tipifica como infracción la fabricación de productos sujetos a seguridad industrial sin cumplir las normas reglamentarias, cuando comporte peligro o daño grave para personas, flora, fauna, cosas o el medio ambiente.

Por otro lado, podría valorarse la procedencia de imponer una sanción de consumo por comisión del ilícito tipificado en el artículo 49.1 c) del TRLGDCU, consistente en 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”*.

Algunas Comunidades Autónomas valoran la posibilidad de sancionar a Volkswagen por el escándalo de las emisiones, habiendo sido pionera en la incoación del expediente sancionador Andalucía³⁷, seguida de Castilla-La Mancha³⁸, que considera sancionar a Volkswagen-Audi España por 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, según el tipo recogido en el artículo 49.1 d) TRLGDCU.

6. La pesadilla de la que Volkswagen no puede despertar: responsabilidad penal por presunto fraude de subvenciones y delito contra el medio ambiente

El coste económico del escándalo no para de aumentar. En Estados Unidos el coste para el fabricante alemán se cifra en 10.033 billones de dólares, tras alcanzar un acuerdo con la autoridad estadounidense de protección medioambiental conforme al cual, además de las provisiones necesarias para recomprar y reparar los vehículos afectados e indemnizar a sus propietarios, se ha realizado una provisión de fondos por importe de 2,7 billones de dólares para mitigar los efectos de la emisión de NO_x³⁹.

Lejos de cumplirse el refrán “tras la tormenta, viene la calma”, el futuro inmediato de Volkswagen le presenta nuevos retos legales. Recientemente la matriz del grupo alemán, Volkswagen A.G., ha sido incluida en calidad de investigada en las

³⁶ <https://www.facua.org/es/noticia.php?id=10510>

³⁷ <https://www.facua.org/es/noticia.php?id=10464>

³⁸ <https://www.facua.org/es/noticia.php?id=10494>

³⁹ Volkswagen will pay \$2.7 billion to fully remediate the excess NO_x emissions from the affected 2.0 liter vehicles. This money will be used to establish a mitigation trust that will be administrated through a mitigation trustee, with allocations to specific state, territorial, and tribal government beneficiaries to use for specific NO_x reducing actions (eligible mitigation actions); <https://www.epa.gov/enforcement/volkswagen-clean-air-act-partial-settlement>

diligencias seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional⁴⁰, en relación con la presunta comisión de un delito de defraudación que causa perjuicio a una generalidad de personas, delito contra el medio ambiente, e ilícito penal de fraude de subvenciones.

40

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=7738663&links=volkswagen%20diesel&optimize=20160718&publicinterface=true>