

MÁS ALLÁ DEL *DIESELGATE*: EL INSOSTENIBLE CASO EN FAVOR DE REMEDIOS SOSTENIBLES EN LAS VENTAS AL CONSUMIDOR*

Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: A diferencia del TJUE y del BGH, la jurisprudencia española (con dos sentencias de la sala de lo civil del Tribunal Supremo) ha sido mayoritariamente contraria hasta la fecha al planteamiento que condena el escándalo del Dieselgate como incumplimiento de expectativas contractuales protegidas. Según la mayoría de los tribunales españoles, el comprador no puede demandar por falta de conformidad (especialmente cuando el fabricante ha ofrecido una reparación gratuita del dispositivo de software), no puede rescindir por incumplimiento sustancial y no puede obtener indemnización por daños y perjuicios inexistentes; deja abierto, sin embargo, un premio de consolación de 500 euros como “daños inmateriales”, con el bizarro argumento de que VW es responsable de pagar “algo” por su claro incumplimiento del derecho (público) regulatorio. La presente contribución pretende explicar que los “remedios previstos” en la Directiva 2019/771 son en efecto “insostenibles”, que su “insostenibilidad” no puede matizarse a través del “equilibrio de principios”, que, por el momento, la Directiva (UE) 2019/771 no puede interpretarse en el sentido de que ofrece remedios en el derecho contractual para las prácticas ambientales insostenibles de los vendedores y, principalmente, que, *rebus sic stantibus*, el derecho privado en los contratos es un instrumento inadecuado para otorgar derechos subjetivos a las partes contractuales para remediar las calamidades

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato.

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

ambientales que el comprador no ha incorporado en el precio del contrato como "expectativas legítimas entre las partes".

Palabras clave: *Dieselgate*, remedios sostenibles, expectativas contractuales, falta de conformidad, incumplimiento sustancial, daños y perjuicios, insostenibilidad, equilibrio de principios, derecho contractual, *rebus sic stantibus*.

Title: Beyond Dieselgate: The Untenable Case for Sustainable Remedies in Consumer Sales

Abstract: Unlike the CJEU and the BGH, Spanish jurisprudence (with two rulings from the civil section of the Supreme Court) has been mostly contrary to date to the approach that condemns the *Dieselgate* scandal as a breach of protected contractual expectations. According to most Spanish courts, the buyer cannot sue for lack of conformity (especially when the manufacturer has offered a free repair of the software device), cannot terminate for material breach and cannot obtain compensation for non-existent damages; it leaves open, however, a consolation prize of 500 euros as "immaterial damages", with the bizarre argument that VW is responsible for paying "something" for its clear breach of regulatory (public) law. This contribution aims to explain that the "remedies provided" in Directive 2019/771 are indeed "unsustainable", that their "unsustainability" cannot be qualified through the "balance of principles", that, for the moment, the Directive (EU) 2019/771 cannot be interpreted in the sense that it offers remedies in contract law for the unsustainable environmental practices of sellers and, mainly, that, *rebus sic stantibus*, private law in contracts is an inadequate instrument to grant rights subjective to the contracting parties to remedy environmental calamities that the buyer has not incorporated into the contract price as "legitimate expectations between the parties".

Key words: *Dieselgate*, sustainable remedies, contractual expectations, lack of conformity, material breach, damages, unsustainability, balance of principles, contract law, *rebus sic stantibus*.

SUMARIO: 1. Recordatorio del *Dieselgate*; 2. Los instrumentos jurídicos para la sostenibilidad; 2.1. Los objetivos; 2.2. Derecho privado; 3. Contratos como productores de residuos; 4. Ventas sostenibles de consumo; 4.1. Directiva de ventas al consumidor (Dir 2019/771); 4.2. La jerarquía de los mecanismos de ejecución de ventas al consumidor; 5. El *Dieselgate* en la jurisprudencia española; 6. ¿Derechos privados subjetivos sostenibles?; 7. Bibliografía.

1. Recordatorio del *Dieselgate*

El significado legal del caso *Dieselgate* ha sido analizado en numerosas fuentes desde 2015. Otros investigadores ya han realizado una descripción precisa y no es indispensable para los fines de esta contribución¹. Recordemos la controversia. En

¹ Cfr. T. EGER and H.B. SCHÄFER, "Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal"; H.B. SCHÄFER and B. FÜHRMANN, "Zivilrechtliche und Oekonomische Aspekte zum Dieselskandal del Volkswagen"; J. EWING, Wachstum über alles; B. GSELL and T. M.J. MÖLLERS, Enforcing Consumer and Capital Markets

2014, las pruebas técnicas demostraron que, a partir de 2009, Volkswagen AG (VW) había equipado ciertas series de sus vehículos diésel (con motores EA 189) con un software "ilegal"² que podía detectar la diferencia entre las pruebas de emisiones y las condiciones de conducción del mundo real y rebajó ficticiamente los niveles de emisiones reales de NOx (combinación de óxido nítrico -NO- y dióxido de nitrógeno -NO₂-)³ durante el primero. La empresa lo admitió en 2015⁴. El "dispositivo de desactivación" podría calificarse de incumplimiento de contrato por falta de conformidad, si los niveles de emisiones constituían una declaración del productor que formaba parte del contrato de venta como requisito de conformidad. También podría calificarse como incumplimiento normativo (acto *contra legem*) si el nivel real de emisiones superaba el límite permitido por el Reglamento (CE) Nº 715/2007. O, finalmente, podría ser que el "engaño" no tuviera efectos jurídicos apreciables, si las emisiones no excedieron los estándares regulatorios y si el nivel real de contaminación no tuvo un impacto real en las expectativas legítimas del consumidor sobre el bien. Esto último es particularmente importante en los casos en que el fabricante, como sucedió con VW, ofrece a los compradores una reparación gratuita (sin afectar el rendimiento)⁵ para eliminar el software en cuestión, como de hecho parece que ya lo ha hecho⁶. En cualquier caso, el TJUE ya precalificó la conducta de VW como "antijurídica" en su sentencia de 9 de julio de 2020, si bien la sentencia sólo pretendía determinar la competencia judicial internacional y no la responsabilidad en que hubiera podido incurrir⁷ la empresa. Los límites de tiempo

Law; En la literatura española, el bien documentado trabajo de G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "El Dieselgate ante los tribunales", pp. 1-34; A. CARRASCO PERERA y L. GARCÍA MONTORO, "Volkswagen: «El coche del pueblo»".

² Fue calificado por el TJUE como dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento 715/2007, en su sentencia de 17.12.2020, Volkswagen, C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040. Las tres sentencias del TJUE de 2022 hicieron el mismo reproche sobre la "ventana térmica", un nuevo software de VW para reemplazar el dispositivo de desactivación original (C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571; C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572). En cuanto a estos nuevos juicios, A. JANSSEN, "The Dieselgate Saga", pp. 169-172.

³ Dispositivo de anulación", definido en el art. 3(10) del Reglamento (CE) 715/2007 y básicamente prohibido en el art. 5, con algunas excepciones.

⁴ http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad_hoc_US.html.

⁵ También está sujeto a debate si este remedio pudiera eliminar por completo el problema y si el dispositivo de desactivación, o su desinstalación, conduciría a consecuencias negativas colaterales.

⁶ Carta de VW a los clientes afectados (tomada de la Exposición de Hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de España 561/2021): "En cuanto estén listos nuestros centros de servicio oficiales, nos pondremos en contacto contigo para que puedas concertar una cita en el servicio. centro para su (...). El tiempo estimado de esta reparación será de sólo media hora. Por supuesto, Volkswagen AG asumirá todos los costes de esta reparación. Permítanos enfatizar una vez más que su AUDI es técnicamente seguro y apto para circular". A diferencia de lo ocurrido en EE. UU. (J.A. MACDOUGALD, "United States of America", pp. 83-108), el productor se negó a indemnizar voluntariamente a los compradores de los vehículos afectados, a pesar de que la Comisión de la UE le instó a ello [<https://elpais.com/economia/2021-09-28/la-comision-europea-reclama-a-volkswagen-que-compense-a-los-consumidores-europeos-por-el-dieselgate.html>].

⁷ STJUE 9.7.2020, C-343/19, Verein für Konsumenteninformation, ECLI:EU:C:2020:534: "El punto 2 del artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un productor en un Estado miembro ha equipado ilegalmente sus vehículos con un software que manipula los datos relativos a las emisiones de gases de escape antes de que esos vehículos sean comprados a un

tampoco ayudaron a los compradores, porque en muchos casos el período de responsabilidad/limitación de dos años impuesto por el art. 5.1 de la Directiva 1999/44/CE hubieron transcurrido antes de que el consumidor pudiera tener conocimiento del problema real de las emisiones o de la infracción de la ley.

A los efectos del presente estudio, comenzaremos con la breve descripción y reflexión expuesta en la actual edición en inglés (2022) del justamente renombrado libro de SCHÄFER y OTT *The Economic Analysis of Civil Law*⁸.

“10.4.2.2 Responsabilidad de Volkswagen AG en el escándalo del diésel

“Las partes lesionadas reclamaron daños y perjuicios contra Volkswagen en virtud del Derecho de responsabilidad civil. (...). El consejo de administración afirmó que no era responsable de las manipulaciones fraudulentas que se llevaron a cabo de forma independiente por los departamentos inferiores. Si se pueden causar miles de millones de dólares en daños durante un período de más de cinco años sin el conocimiento y la aprobación de la junta directiva, es probable que se trate de una falla organizativa por parte del management, lo que desencadena la responsabilidad de la empresa según § 823 (1) BGB. En el caso Volkswagen, sin embargo, la simple negligencia por parte del consejo de administración no dio lugar a responsabilidad. Indiscutiblemente, el daño causado a los propietarios de automóviles que estaban equipados con el software manipulado es una pérdida económica pura, porque Volkswagen AG en ningún momento infringió la propiedad de las partes perjudicadas. Esto se debe a que los automóviles ya habían sido manipulados en el momento de la adquisición de la propiedad. Por lo tanto, la responsabilidad por pérdidas puramente económicas presupone actos dolosos e inmorales (§ 826 BGB) o la violación de una norma legal protectora (§ 823 II BGB) como el fraude, cuyo objetivo principal es proteger el patrimonio y no solo la propiedad. Por lo tanto, la empresa solo es responsable según la ley alemana, en contraste con la regla de *respondeat superior* ampliamente aceptada internacionalmente, si el consejo de administración ordenó las manipulaciones o sabía de ellas y no intervino. Solo esto cumple con el requisito de dolo o dolo necesario para la compensación de pérdidas económicas puras. (...). A juicio de algunos tribunales de instancia, Volkswagen no cumplió suficientemente con esta obligación, lo que generó responsabilidad. La mayoría de los tribunales de instancia decidieron de manera diferente sobre este asunto⁹. En mayo de 2020, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania¹⁰ decidió que Volkswagen AG es responsable por responsabilidad extracontractual porque la dirección no proporcionó información convincente de que desconocía las manipulaciones. Así, el tribunal asumió que la

tercero en otro Estado miembro, el lugar donde se produce el daño se encuentra en este último Estado miembro”.

⁸ H.B. SCHÄFER y C. OTT, *The Economic Analysis of the Civil Law*, pp 344-345.

⁹ Algunos argumentaron que el dispositivo de desactivación era un defecto menor en el sentido del actual § 323.5 BGB, Véase A. HALFMEIER, “Nachhaltiges Privatrecht”, pp. 718-762.

¹⁰ 25 de mayo de 2020, VI ZR, 252/19. La misma decisión no se mantuvo para el nuevo “dispositivo de ventana térmica” de VW: BGH 16 de septiembre de 2021, VII ZR 190/20, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 3721-3725. Para una valoración global de la doctrina Dieselgate de BGH, B. MENHOFER, “Die Rechtsprechung zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen”, pp. 3692-3695

dirección actuó con dolo y en contra de la buena fe¹¹. (...). Desde una perspectiva económica uno puede saludar esta decisión”.

El lector comprobará a lo largo del presente análisis que mi propuesta constructiva se basará en premisas distintas a las suscritas por el BGH.

2. Los instrumentos jurídicos para la sostenibilidad

2.1. Los objetivos

El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 70/1, *Transformar nuestro mundo*, el paraíso soñado del milenio ambiental conocido como *Agenda 2030*¹². De los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) contenidos en la *Agenda*¹³, solo uno de ellos, como máximo, podría alcanzarse exclusivamente a través de instrumentos legislativos (Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas). El resto de los objetivos requieren acciones operativas potentes sobre el medio ambiente y la humanidad en su conjunto. Pero incluso estos otros propósitos revolucionarios requieren una legislación que los haga posibles. La utopía no puede establecerse sin el uso de la ley.

¿Pero qué ley? El jurista que lee los términos de la Agenda o de los correspondientes instrumentos nacionales¹⁴ o supranacionales¹⁵ se percata de que el remedio buscado requiere instrumentos de derecho público nacional o de derecho público internacional. Pero los civilistas ahora reclaman un dominio propio para el derecho

¹¹ M. HEESE, “Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal”, p. 432.

¹² https://www.un.org/qa/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S y <https://sdgs.un.org/goals>. Un análisis comprensivo de la *Agenda* se hace en W. HUCK, *Sustainable Development Goals*, pp. 4-88.

¹³ Sostenibilidad: “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 'Nuestro futuro común' (1987) UN doc A/42/427, 41). En este trabajo no cuestionamos el valor de este concepto como regla o como principio. A este tema véase A. HALFMEIR, “Nachhaltiges Privatrecht”, pp. 721-737. Anteriormente, K. GEHNE, *Nachhaltige Entwicklung*. La Constitución española trata el “principio de sostenibilidad” como principio informante de la legislación, que no puede ser invocado directamente ante los tribunales y no produce la Drittwirkung propia de los derechos fundamentales. En mi opinión, el término “sostenibilidad” encaja poco con la mayor parte de los Objetivos de la Agenda que son, en último extremo, un precipitado de derechos humanos en general.

¹⁴ Véase *Estrategia Española de Economía Circular. España Circular 2030*, <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/estrategia/>

¹⁵ Art. 11 TFUE; Ver EUROSTAT UE, *Desarrollo sostenible en la Unión Europea - Informe de seguimiento del progreso hacia los ODS en un contexto de la UE- edición 2022*; Comisión de la UE, *Comunicación, Nuevo Plan de Acción para la economía circular para una Europa más limpia y competitiva*, COM/2020/98 final; Comisión, *Comunicación, Nueva Agenda del Consumidor: Fortalecimiento de la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*, COM/2020/696 final; *Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Sostenibilidad Empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*, 23.2.2022, COM/2022/71 final.

privado de la sostenibilidad¹⁶, y algunas contribuciones recientes van más allá de la mera formulación de propuestas¹⁷.

2.2. Derecho privado

Ya hay media docena de instituciones jurídicas de derecho privado maduras para la aplicación de criterios de sostenibilidad. Esta contribución, sin embargo, se enfoca únicamente sobre el Derecho de contratos que regula los criterios de conformidad en las ventas al consumo.

El *derecho contractual* privado podría aspirar a contribuir positivamente al logro de solo uno de los diecisiete objetivos (*Objetivo 12: Garantizar patrones de consumo y producción sostenibles*; subobjetivos 12.3, 12.5 y 12.6¹⁸). La terminología emergente es la de *contratos sostenibles*¹⁹. Preguntar sobre la posibilidad de un contrato civil de consumo sostenible es reflexionar sobre si los consumidores (como ciudadanos) pueden y deben hacer uso de los derechos y recursos contractuales civiles para garantizar que la otra parte *cumpla* con los objetivos y estándares ambientales impuestos por una norma jurídico-pública²⁰. A los efectos de este documento, el concepto de sostenibilidad ambiental engloba las actividades que contribuyen a la transición hacia una economía circular, en los términos de los artículos 13 y 17(1)(d) del Reglamento UE 2020/852.

3. Contratos como productores de residuos

Descontando las catástrofes naturales, los contratos son el mecanismo de interacción social que, en una economía de *productos*²¹, permite que los recursos naturales sean explotados mediante el insumo de energía (contaminante) en un proceso de extracción, producción, uso/consumo y disposición, convirtiéndose finalmente en recursos inutilizables (basura); la magnificación de la contaminación y los residuos²².

¹⁶ Entre otros, B. AKKERMANS y G. van DIJCK (eds), *Sustainability and Private Law*; A. HALFMEIER, "Nachhaltiges Privatrecht", p. 718. Incluso prevaleciendo sobre la Ley del Consumidor: H. MICKLITZ, "Squaring the Circle?", pp. 229-237.

¹⁷ Vide. S. LARS SONDE, *Das kaufrechtliche Mängelrecht*; S. SCHLACKE, M. ALT, K. TONNER, E. GAWEL, W. BRETSCHNEIDER, *Stärkung eines nachhaltigen Konsums*; I. BACH y E.M. KIENINGER, "Ökologische Analyse des Zivilrechts", pp. 1088-1098; A. HELLGARDT y V. JOUANNAUD, "Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht", pp. 163-216.

¹⁸ Para su examen, W. HUCK, *Sustainable Development Goals*, pp. 455-487. En este sentido, los objetivos del Plan de Acción de la UE 2020 son más precisos e ilustrativos.

¹⁹ Vide R. RAVALLI, "External Effects of Contract"; C. PONCIBÓ, "A Contract Law"; C. PONCIBÓ, "The Contractualization", pp. 335-355; L. VALLE / C. MARULLO, "Contract as an Instrument", pp. 100-123.

²⁰ Al respecto, A. BECKERS, "Environmental Protection", pp. 157, 159, 162. La regla podría extenderse a valores distintos a los ambientales; podemos utilizar la falta de conformidad para asegurar que los vendedores no incorporen trabajo esclavo o trabajo infantil prohibido en el proceso de producción: H. COLLINS, "Conformity of Goods", pp. 619, 637, 638, quien responde la pregunta afirmativamente.

²¹ En menor medida en una economía de servicios, por lo que se propone como opción preferente en un sistema sostenible de protección al consumidor: V. MAK y E. TERRY, "Circular Economy", pp. 227-248, 239.

²² Aunque no se refieren a contratos de derecho privado, las declaraciones del Tribunal Constitucional alemán del 24.3.2021 son relevantes en el presente caso. (Klimabeschluss, texto en inglés: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html), párr. 37: "En nuestra

A efectos medioambientales, no importa si la contaminación es causada por el funcionamiento del producto o por el proceso de fabricación del producto. La contaminación y los residuos no se producirían (o se producirían en una escala insignificante) si no hubiera contratos (privados) que sustentaran el ciclo económico, porque un ciclo económico sin contratos no iría más allá de una mera economía de subsistencia, y los ODS entonces no serían necesarios.

Los bienes manufacturados o paquetes de servicios resultantes de contratos generan residuos o terminan en residuos. Los bienes de consumo que concluyen su ciclo normal en manos del consumidor final acaban convirtiéndose en residuos gracias a una dinámica en la que el excedente económico del consumidor sólo puede satisfacerse con una acumulación y sustitución de capital final (alimentos, vestidos, lujos, etc.) cuyo coste, que el consumidor ya no puede recuperar en forma de precio, supera con creces su valor de uso y cuya utilidad no es totalmente internalizada por el consumidor antes de desechar los activos. No hay política avanzada de protección al consumidor que no conlleve una exaltación del despilfarro a través del mantra de precios bajos. En la pobreza sólo queda lugar para la subsistencia; el consumo en los países cuyos habitantes disfrutan de renta superior a la de subsistencia es una práctica económica y social de *derroche*. En cierto sentido, los contratos *comerciales* son menos derrochadores que los contratos de consumo, porque los tribunales se niegan, bajo ciertas condiciones, a conceder condenas de cumplimiento específico cuando los costes de producción para el proveedor serían significativamente más altos que la utilidad esperada por el adquirente²³.

El funcionamiento ordinario de una cadena de contratación *eficiente* (*optimización de Pareto* para las partes contratantes, por regla general)²⁴ conduce a la producción inevitable de residuos y, por lo tanto, a la producción de costes ambientales sociales que las partes *deberían sustraer*, -pero *no lo hacen*- del valor creado por la transacción bilateral²⁵. Por aplicación de la perversa paradoja conocida como *efecto rebote*, la comerciabilidad de los productos con un mejor aprovechamiento de los recursos conduce a una mayor adquisición de este activo, a un mayor consumo, precisamente por la eficiencia de los recursos y el consiguiente menor precio que esta mejora ha producido²⁶. Es cierto que los contratos "son la institución socialmente más importante para generar mejoras de Pareto"²⁷. Pero un coste puramente social

forma de vida actual, prácticamente todas las formas de comportamiento, directa o indirectamente, implican alguna emisión de CO2 (...) Las emisiones de gases de efecto invernadero se producen no solo cuando se utilizan los bienes y servicios, sino a lo largo de toda la cadena de valor: primero durante la producción, luego durante el almacenamiento y el transporte, y finalmente en el contexto de la eliminación".

²³ A. CARRASCO PERERA, Derecho de Contratos, Cap. 24 § 31. Si no hubiera costes de transacción involucrados en la renegociación del contrato, las partes habrían llegado a un acuerdo ex post satisfactorio (SCHÄFER-OTT, Economic Analysis, p. 421).

²⁴ Sobre el criterio de eficiencia de Pareto, SCHÄFER-OTT, Economic Analysis, pp. 23-29.

²⁵ Vide I. BACH and E.M. KIENNINGER, "Ökologische Analyse", pp. 1091-1092.

²⁶ S. LARS SONDE, Das kaufrechtliche Mängelrecht, pp. 6-8. Como ejemplos del efecto de rebote en las tendencias de consumo de automóviles estadounidenses y en las técnicas de vivienda de energía cero, consulte "Energy shocks can incrustar los combustibles fósiles aún más profundamente en la economía", *The Economist*, 15 de octubre de 2022, p. 69.

²⁷ SCHÄFER-OTT, Economic Analysis, p. 379

no deja de ser un coste social simplemente por la internalización eficiente que hacen las partes a través del contrato²⁸. Es de la esencia del derecho civil que las partes de un contrato no están presionadas ni interesadas en absorber y compartir a través de su transacción los costes que la comerciabilidad del bien contratado pueda causar a otros con los que no existe ninguna relación de *privity*.

4. Ventas sostenibles de consumo

4.1. Directiva de ventas al consumidor (Dir 2019/771)

La responsabilidad legal por falta de conformidad coloca los temas de sostenibilidad ambiental directamente en el corazón del derecho privado²⁹.

Los artículos 6 y 7 de la Directiva 2019/771 [reproducida en los artículos 115 y 115 ter de la LGDCU española] contienen amplias descripciones para fijar criterios de conformidad de los bienes vendidos. La conformidad no es la observancia de requisitos reglamentarios públicos como tales, y cualquier referencia a la conformidad debe referirse a la *conformidad de los bienes con el contrato de venta* (Considerando 25 de la Directiva)³⁰. Es cierto que estas disposiciones establecen algunos requisitos de conformidad que los legisladores consideran inherentes al contrato (por ejemplo, "durabilidad"³¹ o adecuación al propósito, art. 7(1)(a)), pero los tres dispositivos principales que construyen las normas de conformidad (arts. 6(a), 7(1)(a) y 7(1)(d) de la Directiva) se caracterizan por ser referencias a fuentes que se encuentran más allá del texto de la norma jurídica.

Antes de considerar la presente cuestión, debemos señalar en primer lugar que *un fallo en el intercambio contractual* no puede ser una *falta de conformidad* según la Directiva 2019/701 cuando *los remedios para la falta de conformidad* previstos en la Directiva no son adecuados para restaurar el derecho o expectativa del acreedor. Si una "inconveniencia" contractual no puede ser neutralizada por la reparación o sustitución del bien adquirido y no existe una proporción cuantificable entre el defecto y una reducción del precio, la insuficiencia de las expectativas contractuales no entra dentro del alcance de la disconformidad. Imaginemos que el fabricante marca indebidamente el producto con la ecoetiqueta "CE" en los términos del art. 5.4 de la Directiva 2009/125. No hay falta de conformidad como tal. A lo sumo, podría proponerse una aplicación residual del derecho a resolver el contrato. ¿Pero por qué

²⁸ Por lo tanto, desde una perspectiva ambiental de derecho civil, la eficiencia económica en el uso de los recursos no puede ser un objetivo primordial, pues un contrato en el que ambas partes internalizan sus respectivos costos de manera eficiente aún puede ser un contrato ambientalmente insostenible. Ver I. BACH y E.M. KIENNINGER, "Ökologische Analyse", pp. 1091-1092.

²⁹ St. LARS SONDE, *Das Kaufrechtliche*, pp. 68-250; A. HELLGARDT y V. JOUANNAUD, "Nachhaltigkeit", p. 211. Antes, C. MELLER-HANNICH/E. KRAUSBECK, "Sustainability", p. 170; E. VAN GOOL y A. MICHEL, "The New Consumer Sales Directive", pp. 136 - 147.

³⁰ Este no es el caso de la provisión de datos personales cubiertos por el Reglamento de la UE 2016/679. La infracción del Reglamento General de Protección de Datos puede dar lugar a la falta de cumplimiento de la venta de servicios digitales (Considerando 48 de la Directiva 2019/770).

³¹ Para algunos estudiosos, este concepto se extiende a garantizar la reparabilidad del bien: E. VAN GOOL y A. MICHEL, "The New Consumer Sales Directive", p. 138.

motivos? Es posible retroceder más allá del derecho contractual y postular una especie de *culpa in contrahendo* que conduzca a la nulidad del contrato por dolo. Pero, aun así, el comprador todavía tendrá que probar que ha sufrido un daño material, lo que no es fácil de probar cuando el comprador es el destinatario final del producto.

El primer dispositivo de integración en los estándares de conformidad sería la *regla objetiva* que obliga directamente a los productores a cumplir con ciertos estándares (de sostenibilidad, en nuestro caso), impuestos por una autoridad competente. Este podría ser el caso del art. 7(1)(a) de la Directiva³². Si este estándar existe, conducirá a una expectativa abstracta de cumplimiento de derecho público que el consumidor podría exigir al vendedor por medio de un recurso de derecho privado. Sin embargo, no existe una "reparación" o sustitución de la que pueda beneficiarse el consumidor. La resolución por incumplimiento, a su vez, sería un remedio oportunista contrario a la justicia contractual. El único remedio apropiado sería una reducción del precio.

A pesar de las consideraciones anteriores, la regla del art. artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva no contiene un estándar contractual de conformidad con las normas reglamentarias. El alcance de la disposición es más modesto. Las leyes "se tendrán en cuenta", pero sólo en la medida de determinar si *el bien es apto para los fines* a los que normalmente se aplicarían los bienes del mismo tipo. La adecuación al propósito no es un criterio regulatorio sino funcional. De hecho, la norma de conformidad del art. 7.1(a) no tiene espacio para una aplicación autónoma. Por ello, el cumplimiento de, por ejemplo, las normas de ecodiseño impuestas por la Directiva 2009/215³³ o sus instrumentos de desarrollo no son, por el simple hecho de ser normas obligatorias para los fabricantes, normas de conformidad para el comprador del bien.

Por lo tanto, debe rechazarse *lege lata* (así como *lege ferenda*)³⁴ cualquier intento de referir las infracciones regulatorias de los requisitos de manufactura de productos o de procesos productivos a la ley de conformidad en las ventas al consumidor. El comprador (consumidor) no puede recurrir a la nulidad o resolución de la compraventa por la mera existencia de una infracción de normas, ni puede reclamar la rebaja del precio como consecuencia de una infracción de normas, ni puede pretender los remedios de la Directiva 2019/770, porque no hay nada que reparar o reemplazar dentro del alcance de la disponibilidad del vendedor.

El contrato es el segundo dispositivo principal para llenar las lagunas relativas a las condiciones requeridas del bien ("[deberá] poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y otras características, según lo requerido por el contrato de venta"). Cualquier cualidad que se ofrezca en el contrato debe entregarse en los términos prometidos. Este dispositivo de colmado de lagunas es incondicional e ilimitado en su extensión. Se puede prometer cualquier aspiración; cualquier

³² "Los bienes deberán ser aptos para los fines para los que normalmente se utilizarían bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando corresponda, cualquier legislación y normas técnicas de la Unión y nacionales existentes" (art. 7(1)(a) de la Directiva 2019/771).

³³ Establecer un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico para productos relacionados con la energía.

³⁴ Esta es la propuesta, entre otras, de H. COLLINS, "Conformity of Goods", pp. 637-638.

expectativa puede ser creada en el comprador por contrato. Es claro, por lo tanto, que, si el contrato de venta establece que el bien durará cierto tiempo, la expectativa de su cumplimiento está garantizada por el contrato. Como esas expectativas están integradas en el *contrato*, no hay necesidad de cuestionar su peso material en el consentimiento del consumidor o de especular si el comprador tenía interés en confiar en tales declaraciones. Tampoco importa si estas expectativas se incorporan al precio, porque se presume que el vendedor tiene una estrategia de precios racional.

El *contrato* a que se refiere el art. 6 a) es un intercambio de declaraciones estructuradas en un marco definido. Incluye también aquellas declaraciones informativas que no contienen una promesa pero que dan forma a las expectativas del comprador. *La información ofrecida fuera del contrato* en forma de publicidad, promoción comercial o invitación a comprar no forma parte del contrato³⁵, a pesar de lo dispuesto en el art. 61.2 de la LGDCU³⁶. Es cierto que *el contenido de la oferta, promoción o publicidad* es oponible a los consumidores, *aunque no figure expresamente en el contrato, y se tendrá en cuenta para determinar el principio de conformidad con el contrato*. Pero en este "deber de tener en cuenta" también es inherente una referencia al art. 7(1)(d) de la Directiva, con la consecuencia de que este contenido precontractual surtirá efecto como estándar de conformidad en la medida en que determine el nivel de conformidad de acuerdo con los criterios de la norma específica sobre conformidad³⁷. De lo contrario, las disposiciones de los artículos 6 y 7 serían derogadas, superadas por la ultra-actividad de una disposición que no pretende suplantar las normas de conformidad de la Directiva³⁸.

Es muy poco probable que un contrato de consumo contenga "cláusulas de sostenibilidad"³⁹. Los comerciantes no las ofrecerían en sus clausulados y los

³⁵ Art. 2(1) de la Directiva 2019/771: "*contrato de venta* significa cualquier contrato en virtud del cual el vendedor transfiere o se compromete a transferir la propiedad de bienes a un consumidor, y el consumidor paga o se obliga a pagar el precio de los mismos".

³⁶ *El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las particularidades de cada bien o servicio, las condiciones legales o económicas y las garantías ofrecidas serán exigibles para los consumidores y usuarios, aunque no figure expresamente en el contrato o en el documento o comprobante recibido por el consumidor y se tendrá en cuenta para determinar el principio de conformidad con el contrato.*

³⁷ Una visión contraria: N. TUR FAÚNDEZ, "El régimen", p. 4, aunque sin mayor justificación.

³⁸ La regla de Derecho español no está amparada por lo dispuesto en el art. 6(5) de la Directiva 2011/83. No sólo porque el ámbito de aplicación de este último es mucho más limitado, sino también porque la 'información' proporcionada en cumplimiento del art. 5.1 no tiene por qué ser, y de hecho no será, 'información precontractual'. Es cierto que "antes de que el consumidor quede obligado por un contrato a distancia o fuera del establecimiento, o cualquier oferta correspondiente, el comerciante deberá proporcionar al consumidor (...)". Pero es obvio que ningún proveedor de bienes o servicios proporciona dicha información antes de que el cliente abra el proceso contractual. Ninguna empresa "anuncia" su nombre comercial o dirección. La imperfecta disposición europea solo pretende dejar claro que el consumidor debe tener acceso a esta información antes de quedar vinculado por la aceptación (cf. art. 8.2 y art. 82.7 Directiva 2011/83 y Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la Directiva 2011/83, 4.2 .1). Pero tal información es parte del contrato, sin necesidad de un recurso técnico integrador como el art. 61 de la ley española. Por tanto, el texto final del Considerando 26 de la Directiva 2019/771 debe leerse con un alcance restringido.

³⁹ Una introducción a estas cláusulas en C. PONCIBÓ, "The contractualisation", pp. 335-355; L. VALLE / C. MARULLO, "Contract as an Instrument", pp. 100-123.

consumidores actúan racionalmente⁴⁰ cuando *no buscan* negociar las condiciones ofrecidas por la empresa. Además, es muy poco probable que el consumidor medio tenga algún interés en el contenido de tales cláusulas, es decir, un interés no solo en ser un ser humano respetuoso con el medio ambiente, sino también en pagar más por la obtención contractual de ese objetivo⁴¹.

El tercer dispositivo para colmar estándares en materia de conformidad, y ciertamente el más determinante, es el previsto en el art. 7(1)(d) de la Directiva 2019/771. Es cierto que la disposición actual no exige que las declaraciones del vendedor se refieran a las cualidades del producto⁴². Pero el estándar objetivo en términos de conformidad requiere la concurrencia de tres condiciones relacionadas con el producto. En primer lugar, *las cualidades deben ser normales para bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo*. Por lo tanto, una cualidad idiosincrásica revelada o indicada por las declaraciones precontractuales del vendedor o productor no es suficiente. En segundo lugar, *deben ser cualidades que el consumidor pueda razonablemente esperar dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor o en su nombre*. No cualquier declaración en absoluto; debe ser una que el consumidor medio pueda esperar (legítimamente) y que considere legítimamente que influye en su acomodación de precio y utilidad. En tercer lugar, una declaración pública no implica una pretensión de conformidad si no motivó la decisión de compra del consumidor, en las condiciones en que lo hizo. Es cierto que la disposición legal presupone que el consumidor confía en tal declaración, pero la empresa puede probar lo contrario. Y no es determinante que la carga de la prueba recaiga en la empresa, dado que no existe una regla procesal de reparto de la "carga" de la prueba. Cualquiera de las partes puede proporcionar libremente "pruebas" en los procedimientos legales y los jueces deben evaluar todos los materiales independientemente de quién los haya aportado. Al final, la sentencia se dictará en contra de la parte que tiene la carga de la prueba *sólo si todavía hay incertidumbre sobre los hechos*⁴³. Esto rara vez ocurre en los procedimientos civiles y los jueces casi nunca se ven obligados a *agotar sin éxito* toda la gama de pruebas disponibles.

Aunque los juristas españoles han intentado interpretar la contingencia del *Dieselgate* como una infracción del parámetro de conformidad previsto en el art. 7(1)(d) de la Directiva⁴⁴, y se ha convertido casi en una característica de la modernidad anunciar que los requisitos abstractos de finalidad ambiental equivalen a cualidades del bien

⁴⁰ SCHÄFER-OTT, *Economic Analyse*, p. 468.

⁴¹ Sería diferente si fuera obligatorio que el requisito se incorporara al producto, y el costo de la sostenibilidad se cargara directamente en el precio, independientemente de cualquier información. Si alguien compra sostenibilidad en un mercado con una demanda elástica, es porque está realmente motivado por consideraciones ambientales al tomar sus decisiones de compra. Para una visión más optimista, A. HELLGARDT y V. JOUANNAUD, "Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht" p. 213.

⁴² "Declaraciones públicas sobre las características específicas de las mercancías hechas sobre ellas por el vendedor", art. 2(2)(d) de la Directiva 1999/44.

⁴³ Entre otras muchas sentencias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000, Repert. Aranzadi/Thomson Reuters 2000/6748.

⁴⁴ M.A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Análisis del Dieselgate", p. 657; C. PLANA ARNALDOS, "Responsabilidad por software", p. 1183.

con respecto a los criterios de conformidad⁴⁵, creo que es más plausible postular, como hacen HELLGARDT y JOUANNAUD, citando a SHIRMER, que sería ir demasiado lejos considerar la sostenibilidad como una expectativa general del público que cristaliza con cada artículo comprado como un aspecto parcial de la calidad habitual⁴⁶.

Bajo las condiciones de aplicación anteriores, *es poco probable que un estándar de sostenibilidad pueda convertirse en parte de los parámetros de conformidad legalmente garantizados. Es especialmente notable que esta postura también se aplique al estándar de obsolescencia programada. Más allá de lo expresamente previsto en el contrato o esperado de bienes del mismo tipo y calidad, la obsolescencia programada de un producto no constituye una falta de conformidad en las ventas al consumidor*⁴⁷.

4.2. La jerarquía de los mecanismos de ejecución de ventas al consumidor

La jerarquía de los mecanismos de exigibilidad de los derechos contractuales es también una institución que se puede controlar en términos de sostenibilidad⁴⁸. La tesis puede ser probada por las consideraciones realizadas por el legislador de la UE en la Directiva (UE) 2019/771 del 20 de mayo de 2019. La Directiva no es una *Directiva de sostenibilidad*, pero de hecho está actualmente lista y abierta a la inclusión de opciones de sostenibilidad⁴⁹ en los contratos, a través de las disposiciones de las fórmulas abiertas establecidas en los artículos 6(a) y 7(b)⁵⁰. Por el momento, sin embargo, la Directiva se orienta sustancialmente hacia la regulación de la venta de bienes tangibles con componentes digitales.

De acuerdo con el considerando 32, *mantener los productos no conformes fuera del mercado de la Unión mediante el fortalecimiento de la vigilancia del mercado y proporcionando los incentivos adecuados a los operadores económicos es esencial para aumentar la confianza en el funcionamiento del mercado interior. ¿Pero se logra este propósito mediante la jerarquía de remedios diseñada por el legislador de la UE? Según el considerando 48, en lo que respecta a la puesta en conformidad de los bienes, los consumidores deben poder elegir entre la reparación o la sustitución. Permitir que los consumidores requieran la reparación debería fomentar el consumo sostenible⁵¹ y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos. La elección del consumidor entre la reparación y la sustitución solo debe limitarse cuando la*

⁴⁵ Vide S. SCHLACKE, M. ALT, K. TONNER, E. GAWEL, W. BRETSCHNEIDER, *Stärkung*, p. 22; S. LARS SONDE, *Das Kaufrechtliche*, pp. 91-92.

⁴⁶ A. HELLGARDT y V. JOUANNAUD, "Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht", p. 214.

⁴⁷ Vide LARS SONDE, *Das Kaufrechtliche*, p. 199.

⁴⁸ Vide, últimamente, *Response of the European Law Institute, to European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods- Promoting Repair and Reuse*, 2022.

⁴⁹ "Durabilidad". Y de ahí a la "reparabilidad". Ver E. VAN GOOL y A. MICHEL, "The New Consumer Sales Directive", pp. 136 – 147, 138.

⁵⁰ Siempre habrá una contradicción sustancial entre introducir la "durabilidad" como requisito de conformidad y reafirmar una garantía temporal de dos años y un período de prescripción, lo cual es inadecuado para este objetivo (I. BACH y E.M. KIENINGER, "Ökologische Analyse", p. 1093). En rigor, la durabilidad no es una condición de un bien y no puede gestionarse con los mecanismos de cumplimiento diseñados por la Directiva.

⁵¹ También, en términos de costos, porque el vendedor puede reparar el bien al menor coste.

*opción elegida sea imposible de hecho o de derecho o imponga costes al vendedor desproporcionados en comparación con la otra opción disponible*⁵².

Los comentaristas han señalado con razón que existe una diferencia importante entre la reparación y la sustitución en términos de sostenibilidad⁵³ y que la Directiva no ha tenido plenamente en cuenta el impacto medioambiental de cada remedio⁵⁴. La reposición de bienes no conformes genera desperdicio porque, a menos que el bien sea reinsertado como no conforme en un "mercado de limones"⁵⁵, el final de su ciclo es chatarra y desperdicio, además de que su producción requirió una inversión en recursos, que al final no se han integrado en un producto comercializable. Cabe señalar que el legislador de la UE no ha incluido *ninguna limitación a la opción de sustitución* que dependa de factores distintos de la imposibilidad técnica o costes extra desproporcionados para el vendedor⁵⁶. Además, para facilitar la opción de reemplazo, la Directiva también carga al vendedor con todos los costes necesarios de remoción y desinstalación⁵⁷ y exime al comprador de tener que compensar el uso normal que hizo de los bienes reemplazados durante el período anterior a su reemplazo⁵⁸. La sostenibilidad de una economía circular no se tiene en cuenta como una limitación adicional a la opción de reparación⁵⁹. Sin embargo, ha habido propuestas de *lege ferenda* para eliminar la opción de los compradores de reparar o reemplazar o para atribuir la elección a los vendedores, quienes supuestamente son más propensos a la opción de reparación⁶⁰. Pero la potencia de la regla *pacta sunt servanda* conduce a resultados casi perversos, pues la validez de un contrato que se desvía de la regla legal y beneficia al consumidor *uti singuli* debe ser aceptada por la

⁵² Posiblemente exista una alternativa más benigna para el vendedor, que podría contrarrestar la elección del comprador si demuestra que la medida elegida es más costosa, que la reparación no depreciaría el valor del producto y que "el remedio alternativo podría proporcionarse sin mayores inconvenientes para el consumidor" (Art. 13.2 (a) y (c)). Esto también podría interpretarse como la eliminación de la necesidad de costes adicionales para que la elección del consumidor sea considerada "desproporcionada". (Vea M. CASTILLA BAREA, La nueva regulación, pp. 197-198).

⁵³ Los contenidos o servicios digitales no conformes no pueden ser estrictamente "reparados" o "reemplazados" y el acto de hacerlos cumplir se subsume dentro de las acciones para el correcto cumplimiento en general. (cf. art. 118.2 LGDCU).

⁵⁴ S. SCHLACKE, M. ALT, K. TONNER, E. GAWEL, W. BRETSCHNEIDER, Stärkung, pp. 26, 108; S. LARS SONDE, Das Kaufrechtliche, pp. 68, 204, 205; E. VAN GOOL Y A. MICHEL, „The New Consumer Sales Directive“, ch. 5 ("Remedies: towards a more sustainable hierarchy"); V. MAK Y E. TERRY, "Circular Economy", pp. 233-238.

⁵⁵ El modelo económico del "mercado de los limones" fue propuesto por G. AKERLOFF ("The Market", pp. 488-500) y es generalmente aceptado como la mayor falla posible del mercado para el logro de servicios de calidad a través del derecho contractual. Entre otros, SCHÄFER-OTT, Economic Analysis, pp. 310-313.

⁵⁶ MICKLITZ propone limitar la opción de reemplazo en este sentido, "Squaring the Circle?", p. 236.

⁵⁷ De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 16.6.2011, *Weber v Putz*, C-65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396. Pero la decisión es incoherente porque, en última instancia, impone al consumidor la carga de asumir el coste de retirar los bienes defectuosos y de instalar los bienes de reemplazo si el coste de reemplazo es desproporcionado en términos absolutos; o recurrir a remedios de segundo nivel.

⁵⁸ Art. 14.4 y la sentencia del TJUE de 17.4.2008, *Quelle*, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231.

⁵⁹ Sobre la conexión entre el remedio reparador y la economía circular diseñada en el Plan de Acción Europeo de Economía Circular (2020), J. AVILÉS GARCÍA, "El nuevo derecho de reparación".

⁶⁰ Véanse las referencias en S. LARS SONDE, Das Kaufrechtliche, pp. 205-257, que finalmente desaprueba la opción de privar al consumidor de su *ius electionis*.

ley sin restricciones. La estructura actual de producción/repación de productos de consumo es tal que no sólo los compradores preferirán normalmente la opción menos sostenible (reemplazo)⁶¹, sino que probablemente también la prefieran los vendedores, quienes en el peor de los casos (pero no inusual) pueden incluso no estar en condiciones de ofrecer una garantía de reparabilidad⁶².

No menos problemáticos son los dos remedios subsidiarios por falta de conformidad que, al parecer, los legisladores europeos prefieren restringir en su alcance, en particular la resolución y la reducción del precio⁶³. La resolución de un contrato por incumplimiento de las normas de conformidad sólo está permitida por *vicios que no sean menores* (Considerando 53)⁶⁴ y, salvo *vicios particularmente significativos*, los compradores tendrían que perseguir primero (sin resultados) las dos acciones orientadas a poner el bien en conformidad⁶⁵. En la medida de lo posible, la disconformidad de los bienes costosos y complejos no debe llevar al punto de deshacer la venta, y deben agotarse al máximo los recursos específicos por falta de conformidad (Considerando 52). La resolución contractual, si bien puede ser un remedio justo y eficaz entre las partes contractuales, es medioambientalmente insostenible, porque (en el caso de los bienes tangibles) genera chatarra que se habrá tirado del mercado con un despilfarro de recursos económicos con nula o casi nula rentabilidad individual y social.

Sin embargo, no parece que el TJUE sea sensible a estas consideraciones de sostenibilidad sobre el derecho de resolver. En su sentencia de 14 de julio de 2022 (C-145/20)⁶⁶, el Tribunal parece considerar que los límites entre los distintos remedios deben establecerse libremente, y el juez de la UE considera que *la presencia, en un vehículo, de un dispositivo de desactivación, cuyo uso está prohibido en virtud del artículo 5, apartado 2, del Reglamento 715/2007, no puede considerarse una falta de conformidad menor en el sentido del artículo 3, apartado 6, de la Directiva 1999/44* (n.º 96). Sin embargo, no se deben perder de vista las restricciones dentro de las cuales se dictó esta sentencia. La sentencia no examina debidamente si procede la reparación u otra forma de remedio preferible a la resolución, ni si la reparación se realizó de manera insatisfactoria; o incluso si la

⁶¹ Exceptuando bienes que hayan sido personalizados en proceso de venta o instalación.

⁶² Con respecto a este punto, I. BACH y E.M. KIENINGER, "Ökologische Analyse", pp. 2020-2021.

⁶³ La opinión predominante en España es que el recurso de terminación no debe ser subsidiario del recurso de poner el bien en conformidad. Véase, entre otros, M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, pp. 188-189.

⁶⁴ Existe un debate en España sobre si esta condición confirma o se aparta del régimen de Derecho civil común para las ventas al consumidor. No voy a profundizar más en este asunto ahora. Véase N. FENOY PICÓN, "La entidad del incumplimiento", pp. 157-280; R. SCHULZE y F. ZOLL, *European Contract Law*, pp. 270, 273.

⁶⁵ Pero, ¿deberían aplicarse primero los dos remedios primarios de conformidad cuando el defecto ya es *prima facie* grave? La solución francesa lo rechaza en el artículo L 217-4 II *Code de la Consommation*. Es dudoso qué significado debe darse en este sentido a los puntos b) y e) del art. 119 de la LGDCU, pero, de acuerdo con el art. 13, apartado 4, letra c), de la Directiva, el recurso directo a la resolución solo está justificado en casos especialmente graves. No obstante, cabe señalar que, gracias a lo dispuesto en el art. 13.3, el vendedor puede negarse a poner los bienes en conformidad y obligar al consumidor a optar por uno de los remedios subsidiarios si la conformidad es desproporcionada en términos absolutos.

⁶⁶ ECLI:EU:C:2022:572.

terminación es apropiada en general. El tribunal se limita a ofrecer una interpretación no contextual del término 'menor' en el artículo 3(6) de la Directiva 1999/44, que el tribunal equipara con una falta de conformidad de importancia 'menor' (n. 89)⁶⁷. Además, el Tribunal considera que el uso de un dispositivo de desactivación prohibido es una falta de conformidad del producto, pero no porque el comprador tenga una expectativa protegida de que el productor *respetará los requisitos reglamentarios en general*, sino porque, correcta o incorrectamente, el Tribunal observa que la homologación de tipo del vehículo, que estaba respaldada por información falsa, aún puede retirarse (núms. 56, 57)⁶⁸.

Cuando se trata de la venta y suministro de contenidos digitales (Directiva 2019/770), no se produce el efecto desperdicio, por la propia naturaleza del producto vendido. El contrato funciona como una prestación de servicios, y los remedios de ejecución del contrato no producen en la economía de la *servitización* un impacto ambiental significativo⁶⁹, debido a su naturaleza intangible⁷⁰. Tampoco hay pérdidas por desinversión para el proveedor, que puede detener el suministro sin apenas costes (véanse considerandos 61 y 71 de la Directiva 2019/770). Por tanto, podría ser justificable en este caso permitir abiertamente la resolución por falta de conformidad, y no sólo (Considerando 67 y Art. 14.4 "en contrario" de la Directiva 2019/770) cuando el consumidor ha "proporcionado datos personales como contraprestación"⁷¹. La excepcionalidad de la resolución como "último recurso" se debe en buen derecho no a la finalidad de seguir asegurando un flujo de pagos sucesivos al proveedor, sino a los costes, que conlleva cualquier resolución, de deshacer una posición y por la posibilidad no insignificante de que una restitución posterior no resulte en una restauración completa del statu quo ex ante. Por esta razón, la resolución debería haberse permitido en este caso sin especiales restricciones.

El ámbito de la resolución es aún más notable en la implementación española de la Directiva. La legislación española no permite a los vendedores reducir el reembolso del precio para descontar el uso que los consumidores hayan hecho del bien antes de la resolución⁷². El considerando 60 de la Directiva establece que *la presente Directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros para regular las consecuencias de la resolución distintas de las previstas en la presente Directiva*,

⁶⁷ Es sólo en este entendimiento que la declaración en el párr. 86 tiene sentido: "Por lo tanto, el hecho de que, después de haber comprado un bien, un consumidor admita que él o ella habrían comprado ese bien incluso si hubiera sido consciente de tal falta de conformidad no es relevante para los efectos de determinar si una falta de conformidad debe ser calificada como 'leve'." Es cierto que podría ocurrir lo que dice la sentencia, pero también es indiscutible que, en las condiciones antes expuestas, el comprador no tiene derecho a resolver el contrato, aunque la disconformidad no sea menor.

⁶⁸ La exactitud de esta afirmación es cuestionable.

⁶⁹ "Impacto ambiental: significa cualquier cambio en el medio ambiente total o parcialmente resultante de un producto durante su ciclo de vida.", Artículo 2(12) Directiva 2009/125 (*ecodiseño*).

⁷⁰ Véase V. MAK Y E. TERRY, "Circular Economy", p. 237.

⁷¹ Véase T. BAUERMEISTER, "Die «Bezahlung» mit personenbezogenen Daten", pp. 372-400

⁷² Mucho se ha escrito sobre esta transposición. Entre otros E. ARROYO AMAYUELAS, "The Implementation", pp. 35-40; S. CÁMARA LAPUENTE, "Un primer balance de las novedades" pp. 1 -32; M. TUR FAÚNDEZ, "El régimen de la falta de conformidad, pp. 1-15; A. AGÜERO ORTIZ, "Nuevo régimen de garantías", pp. 1-11; M. CASTILLA BAREA, La nueva regulación.

como las consecuencias de la disminución del valor de los bienes o de su destrucción o pérdida. Sin embargo, los arts. 119 ter y 119 quater de la LGDCU no permiten deducción alguna por la ganancia de uso ni por la depreciación técnica sufrida por el bien durante su uso previo a la extinción, probablemente por las similitudes entre el presente caso y el cubierto por art. 14(4) de la Directiva 2019/771 (reemplazo sin costes de deducción de nuevo a antiguo). Pero también es posible que la norma española se guíe por la suposición errónea de que este enriquecimiento de uso que corresponde al consumidor cuando recupera el precio íntegro pagado queda más que compensado por no haber disfrutado del uso esperable, de resultas de la falta de conformidad. En otras palabras, el uso fue deficiente; por eso no se debe pagar. Esta suposición puede ser correcta cuando la falta de conformidad afecta al nivel esperado de desempeño funcional del producto, pero no necesariamente cuando el contrato "perjudica" los atributos de sostenibilidad declarados por el vendedor, que bien pueden ser ajenos al real interés del comprador. Obsérvese que la laxitud de los estándares de acceso al recurso de resolución, junto con la bonificación al comprador de un uso completo gratuito, permiten que las contingencias de sostenibilidad, enunciadas como una cualidad del producto a los efectos de los artículos 6 y 7 de la Directiva, operen como incentivos perversos para causar un estado de insostenibilidad (terminación del contrato), resultado agravado por la ganancia inesperada oportunista del comprador cuando las contingencias de la no conformidad no son inherentes al producto.

Bajo ciertas condiciones fácticas, el único remedio de acuerdo con las exigencias de sostenibilidad sería una reducción del precio⁷³. En la Directiva, la reducción del precio es el remedio final para cualquier falta de conformidad "menor" cuando el consumidor no está obligado a reparar o reemplazar; lo cual es absurdo, ya que no se justifica relegar la reducción del precio a la condición de remedio de segundo grado, y debería operar en pie de igualdad con las opciones de reparación y sustitución⁷⁴. El art. 13.3 de la Directiva establece que el remedio de reducción de precio (la clásica *actio quanti minoris*) también puede ser ejercido por el vendedor. En efecto, cabe notar que, gracias a lo dispuesto en el art. 13.3, el vendedor puede eliminar las opciones de reparación y reemplazo y exigir al consumidor que opte por uno de los remedios subsidiarios, si la reparación y el reemplazo son desproporcionados en términos absolutos⁷⁵. Pero si los costes de reparación o de reposición son desproporcionados, entonces el remedio subsidiario de terminación seguramente también tendrá costes desproporcionados. ¿Tendría sentido permitir que el comprador optara por resolver a pesar de todo? ¿O debería haber una regla general implícita en la Directiva por la que el comprador tiene que conformarse con una reducción del precio si los otros remedios por incumplimiento implican costes desproporcionados? Además, en la legislación española el acceso inmediato al recurso de reducción del precio se concede mediante la aplicación del régimen común por incumplimiento de contrato⁷⁶.

⁷³ S. LARS SONDE, *Das Kaufrechtliche*, p. 70.

⁷⁴ S. LARS SONDE, *Das Kaufrechtliche*, p. 233.

⁷⁵ M. CASTILLA BAREÁ, *La nueva regulación*, p. 208.

⁷⁶ A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cap. 23 § 31. La transposición española de la Directiva, que excluye el antiguo régimen de responsabilidad por vicios ocultos del art. 1486 CC (art. 116 I LGDCU),

Bajo las restricciones fácticas expuestas anteriormente, la reducción del precio no genera externalidades y el consumidor ajusta su utilidad esperada a un nuevo precio, estrategia que evidentemente elige porque el montante de la reducción del precio le otorga utilidad mayor que el beneficio que pierde por la subsistencia del defecto de conformidad. Se trata ciertamente de un "mercado de limones" pero, a diferencia del clásico "mercado de limones", no se deriva de la existencia de unos costes de información insalvables a cargo del comprador, sino del perfecto conocimiento de la situación real por parte de ambos contratantes y su ajuste a nuevos términos que, para ellos, vuelven a ser óptimos en términos de Pareto, incluso en casos de falta grave de conformidad (cf. art. 13(4)(c) de la Directiva). *Ceteris paribus, el precio es el factor más importante en las expectativas de los consumidores.*

5. El Dieselgate en la jurisprudencia española

La jurisprudencia civil española sobre el *Dieselgate* ya es abundante y se ha consolidado en dos sentencias del Tribunal Supremo⁷⁷. También hay contribuciones académicas destacadas⁷⁸. La sentencia de 2020 resolvió únicamente la cuestión de la responsabilidad contractual del productor (no del vendedor) del vehículo dotado con el dispositivo de desactivación. Ni la responsabilidad del concesionario que vendió el vehículo ni la existencia de daño inmaterial fueron discutidos en casación, ya que los compradores desistieron de la impugnación de dicha cuestión. La sentencia de 2021 discutió una vez más la responsabilidad de un importador que no vende y trató extensamente el daño no pecuniario contractual causado por el dispositivo de desactivación de VW.

El TS aún no ha tenido la oportunidad de decidir sobre el fondo si los compradores tienen derecho a obtener reparaciones por falta de conformidad o reclamar daños morales (pero pecuniarios). No es descabellado que tales cuestiones lleguen algún día al tribunal de casación, en particular tras la publicación de la sentencia del TJUE de 22 de julio de 2022, C-145/2020, *Porsche*, a la que nos hemos referido anteriormente. A juzgar por los argumentos sobre el daño moral desarrollados en la sentencia española de 2021, podemos predecir que el Tribunal Supremo no concedería en el futuro a los compradores los remedios normales por falta de conformidad⁷⁹, una vez justificada la procedencia de los daños morales, como la especie de recurso *adecuado*.

no lo descarta, porque una rebaja de precio como compensación es independiente de la rebaja de precio de las *actiones aediliciae* clásicas del Código Civil.

⁷⁷ Sentencias Tribunal Supremo 167/2020, 1.3.2020 (ECLI:ES:TS:2020:735), SEAT y 561/2021, 23.7.2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068), *AUDI*.

⁷⁸ A. CARRASCO PERERA/ L. GARCÍA MONTORO, "Batalla legal contra Volkswagen", pp. 1-16; L. GARCÍA MONTORO, "La justicia española", pp. 151-159. A. CARRASCO PERERA, "Los compradores del Dieselgate"; A. CARRASCO PERERA, Derecho de Contratos, Cap. 23 §§ 81-96; C. PLANA ARNALDOS, "Responsabilidad por software", pp. 1165-1190; E. CORRAL GARCÍA, "El dieselgate", pp. 1-11; A. RODRÍGUEZ GUITIAN, "Análisis del Dieselgate", pp. 635-724.

⁷⁹ Es de especial interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 158/2018, de 13 de marzo de 2018, Aranzadi Civil 2018/183, justificando la improcedencia del recurso sustitutivo.

En la STS 167/2020, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la siguiente controversia. El reclamante, comprador de un vehículo con motor VW, argumentó que, además de haber sido engañado sobre las emisiones contaminantes del vehículo que compraba, la reparación para lograr el cumplimiento de los estándares de emisiones que le habían ofrecido podía comprometer la potencia, aumentar el consumo de combustible y le generaba incertidumbre sobre si el vehículo pasaría o no las preceptivas inspecciones técnicas en la próxima ITV, entre otras preocupaciones de cara al futuro. El tribunal de apelación estimó parcialmente la demanda contra el vendedor, al que condenó a indemnizar al comprador con *quinientos euros por el daño moral consistente en la angustia derivada de la aparición de un vicio oculto en su coche*, ponderando la magnitud del dolo y la incertidumbre sobre el éxito de la reclamación, así como la viabilidad o eficacia de la solución ofrecida por VW y *las molestias ocasionadas por el incumplimiento del contrato*. El tribunal confirma, no obstante, que no existe consentimiento defectuoso ni incumplimiento fundamental, porque el vehículo funciona con normalidad, ni incumplimiento probado del contrato. Además, parece que los vehículos en cuestión expulsan emisiones dos tercios menores que otros vehículos similares disponibles en el mercado⁸⁰. No se acreditó el deterioro del uso del vehículo, ni se ha acreditado que, con la modificación técnica ofrecida por VW, no pudiera pasar la Inspección Técnica Vehicular. En definitiva, no hay frustración del objeto del contrato ni entrega de algo distinto de lo pactado (*aliud pro alio*). Al igual que otros tribunales españoles, la sentencia de considera que el compromiso medioambiental no es un factor determinante en la compra de un coche y que la utilidad esperada por el comprador es que el coche consiga las prestaciones que cabría esperar de la marca y del precio que pagó, un rendimiento que no se ha visto afectado por el "dispositivo de desactivación"⁸¹.

Sólo dos cuestiones llegaron al recurso de casación, pero únicamente se resolvió la primera, es decir, la extensión de la condena al productor no vendedor. "El productor del automóvil es responsable ante el comprador final por el hecho de que el bien puesto en el mercado no reúna las características técnicas anunciadas por el productor. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor". Se consideró procedente⁸² una indemnización de 500 euros por el daño moral causado por la "angustia e intranquilidad" del comprador, y se condenó a SEAT al pago solidario, a pesar de no ser el vendedor.

La segunda sentencia de casación (STS 561/2021) pone especial énfasis en el daño inmaterial. En palabras de la Sala, *"El daño moral sufrido por la demandante no se produce tanto por el hecho de que los niveles reales de emisión de contaminantes sean superiores a ciertos límites, sino por la incertidumbre y desasosiego que genera el descubrimiento, en el contexto de un grave escándalo de opinión pública, que el*

⁸⁰ Ver jurisprudencia del Tribunal de apelación en A. RODRÍGUEZ GUITIAN "Análisis del Dieselgate", pp. 648-649, 653.

⁸¹ C. PLANA ARNALDOS, "Responsabilidad por software", pág. 1182. Una opinión diferente es la de C. SCHMID para el derecho alemán: "Alemania", p. 35.

⁸² En sentencias judiciales anteriores, en ocasiones se habían concedido 3000 euros por comprador (1500 por daño material y 1500 por daño inmaterial). A.M. RODRÍGUEZ GUITIAN, "Análisis del Dieselgate", p. 640, nota al pie 10.

vehículo que había comprado estaba equipado con un dispositivo ilegal que alteraba los resultados de las pruebas de homologación de vehículos para emisiones de gases contaminantes, con consecuencias inciertas (repercusiones del vehículo, sanciones fiscales, posibilidad de que el coche no pueda circular por no corresponder el certificado de homologación al tipo homologado por el dispositivo de desactivación prohibido por el artículo 5.1 del Reglamento CE 715/2007, posibilidad de acceso restringido a determinadas zonas urbanas, etc.), teniendo en cuenta que es importante que el comprador de un coche tenga la certeza de que no se verá privado, ni siquiera temporalmente, del uso de dicho vehículo o restringido a determinadas zonas". La cantidad de 11.376 euros reclamada por daño moral "es claramente desproporcionada, tanto por la magnitud de las implicaciones del hallazgo del dispositivo como, en este caso, por la antigüedad del vehículo, nueve años, lo que significaba que ya había transcurrido una parte considerable de su vida útil y que, por lo tanto, las expectativas del comprador no podían ser comparables a las expectativas de un comprador que hubiera comprado el vehículo en un momento más cercano al descubrimiento del fraude, lo que significa que el daño moral derivado de las incertidumbres antes referidas son necesariamente menores para el demandante".

Es importante señalar que el Tribunal Supremo no justificó esta indemnización en la existencia de dolo (por parte del productor) como lo ha hecho en otras ocasiones en un intento de encontrar un "gatillo" para la indemnización del daño inmaterial en los casos de incumplimiento de contrato⁸³. En cualquier caso, la condena al daño moral dista mucho de lo que se conoce como "daño a la identidad", que consiste en la angustia que sufre un consumidor que descubre que sus esfuerzos por vivir de acuerdo con sus valores personales se han visto alterados por unas falsas promesas del vendedor o productor sobre sus productos⁸⁴.

6. ¿Derechos privados subjetivos sostenibles?

En un documento de 2018 con nombre "Environmental Protection meets Consumer Sales. The Influence of Environmental Market Communication on Consumer Contracts and Remedies", Anna BECKERS cerró su argumento en estos términos:

"Esto da como resultado una situación altamente paradójica: los consumidores reciben un alto nivel de protección bajo la ley de la UE, pero no disfrutan de suficiente protección cuando incluyen consideraciones ambientales o sociales en su decisión de compra; en cambio, se les remite a un recurso que solo aborda sus intereses económicos inmediatos en el bien. Una vez que los consumidores litigan en su calidad de ciudadanos de la UE contra las autoridades públicas, pueden exigir a estas últimas que establezcan planes de acción con medidas concretas para mitigar las externalidades. Sin embargo, irónicamente, el

⁸³ Véase A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Cap. 23 § 78. ¿Y por qué el Tribunal Supremo calcula el monto del daño inmaterial en proporción inversa a la edad del vehículo? Debería ser al contrario, porque cuanto más viejo es el vehículo, *más largo es el período de intranquilidad*. (A. CARRASCO PERERA, "Los compradores de Dieselgate", p. 4.

⁸⁴ Cf. A. RODRÍGUEZ GUITIAN, "Análisis del Dieselgate", p. 701.

resultado de estos procedimientos sería que ellos, en su calidad de consumidores, se verían limitados en el uso del producto sin ningún recurso contra el vendedor que ha causado esta externalidad mediante la entrega de mercancías que no eran conforme con el contrato. Esta situación inconsistente requiere una reevaluación. Una mirada más atenta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 3, apartado 2, de la CDS sugiere que es legalmente concebible interpretar el recurso de reparación y sustitución de manera más amplia para abarcar la obligación del vendedor de deshacer el contrato social. En dos sentencias, el Tribunal especificó el alcance de la obligación del vendedor de reparar y reponer y, a tal efecto, concibió este recurso de manera amplia para cubrir no solo la mera entrega de un bien nuevo o su reparación, sino también la anulación de consecuencias perjudiciales para el consumidor⁸⁵.

El recordatorio de BECKERS al Tribunal de Justicia se refiere a la sentencia de 16 de junio de 2011, *Weber v Putz*, C-65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, que, sin embargo, no se centró sobre el tema destacado por el autor. Independientemente de esta aclaración, no puedo aprobar la propuesta de BECKER, por estar sustentada en una caracterización inadecuada del derecho privado.

No se trata principalmente de si una parte contratante privada está dotada de capacidad legal para ejercer acciones civiles con esos fines, sino de si dicha parte contratante ha incorporado de facto estos objetivos en su ámbito efectivo de expectativas. Esto depende de si ha pagado o no por él y *si ha querido pagarlo*, si tiene incentivos para ejercer sus recursos de esta manera, y si tales incentivos, si existen, serían distintos de la simple explotación oportunista de las estructuras legislativas para obtener una maximización ex post de los rendimientos a los que no podía aspirar en virtud del contrato y que el requisito normativo de sostenibilidad no pretendía satisfacer.

La teoría de A. THON es un icono clásico y constituye el paradigma del concepto de derecho subjetivo⁸⁶. El derecho privado subjetivo es una legitimación exclusiva que el ordenamiento jurídico otorga al titular de un interés para que mediante una pretensión (*Anspruch*) pueda hacer valer una norma de derecho primaria contenida en un mandato o prohibición contra el infractor⁸⁷. Cuando la infracción de la norma jurídica genera una responsabilidad de derecho privado para el infractor, la "indemnización" a favor del perjudicado se limita estrictamente a la creación de esta obligación de obtener la debida reparación, independientemente de la efectiva ejecución de esta obligación. A la ley sólo le interesa que el individuo tenga a su disposición el *Anspruch* para hacer valer el derecho a su voluntad, pero *a la ley no le importa* si esta ejecución eventualmente se produce o no. Un ilícito de derecho privado es un ilícito mediato, según THON, porque su sanción depende del cumplimiento de la norma que está en manos del particular, lo cual es una "condición" discrecional para la actualización de la norma infringida. De hecho, el *Anspruch* no es solo un derecho, sino también un nuevo derecho subjetivo, y su titular puede

⁸⁵ "Environment Protection", pp. 181-182.

⁸⁶ Rechtsnorm und subjectives Recht, pp. 57, 113, 115, 117, 133, 134, 138, 219 228, 288, 292, 295.

⁸⁷ Para el autor, toda regla de derecho contiene un mandato o una prohibición, independientemente de que se trate de derecho público o de derecho privado.

enajenarlo y comercializarlo, en forma de transacción, transferirlo a un tercero o cambiarlo por otra cosa que sea más apetecible para el tenedor, o, en general, hacer con él lo que sea de su interés. Esta habilitación surge sólo con la infracción de la norma de derecho privado, no con su mera promulgación como regla; antes de la infracción, el particular no tiene recurso de derecho privado, porque el goce directo (*Genuss*) del bien creado por la norma no es tanto el ejercicio de un derecho como una posibilidad fáctica extrajudicial. *Ein unverbotes Thun ist noch keine Rechtsausübung*. Disfrutar del agua limpia de su estanque privado no es un derecho subjetivo del titular del estanque, sino un mero *factum*; el derecho solo comienza cuando el vecino contamina esa agua. *Disfrutar de aguas limpias en general no es un derecho subjetivo privado*.

Si un agente debe hacer algo en aras de la sostenibilidad y se van a utilizar instrumentos de derecho privado para hacer cumplir este cumplimiento, otra parte privada debe tener una pretensión reconocida para actuar el cumplimiento material o una pretensión por daños contractuales o extracontractuales, *ambos para su interés personal*.

En la estructura técnica diseñada por THON, no tendría sentido que una disposición legal de derecho privado confiriera a un "meritorio" titular una pretensión contra el infractor que conculca la norma que promueve una política pública cuyo *emolumentum* no puede ser apropiado por el titular del crédito. Si ese fuera el caso, este último renunciaría simplemente a su derecho en favor de la otra parte por un precio o contraprestación o vendería la pretensión con gran descuento a un tercero. El resultado se limitaría a una redistribución del ingreso, sin promoción de los objetivos de la política pública.

En efecto, no tiene sentido endosar derechos fiduciarios a particulares para la protección de intereses supraindividuales si el particular no tiene un interés real, porque no lo ha pagado o no estaría dispuesto a pagarlo o porque esperaría beneficiarse de las ventajas sociales aprovechando la conducta activa (y costosa) de terceros. Si se otorga un derecho para proteger tales intereses bajo estas condiciones, el beneficiario se verá inhibido de la realización fiduciaria de su derecho subjetivo o lo utilizará de manera oportunista.

No puede haber en el contrato pretensión para el cumplimiento de requisitos legislativos si tal pretensión no es "apropiada" en favor del acreedor mediante el contrato y si dicho acreedor no ha pagado a la contraparte para que ésta esté obligada (e incentivada) frente al primero a cumplir con el requisito. Lo mismo parece ser el caso en responsabilidad civil extracontractual. Para que proceda una reclamación de responsabilidad civil, primero debe haber un número seleccionado de partes titulares de un interés creado, que ostentan *uti singuli* y que es convertible en dinero mediante una función de equivalencia (la función de *interés id quod*); en segundo lugar, el obligado extracontractual debe ser consciente de la cuantía del posible daño, de forma que pueda prevenirlo y gestionar sus costes de cumplimiento con el adecuado estándar de cuidado (responsabilidad culposa) o actividad (responsabilidad objetiva).

Un productor de residuos sólo puede internalizar costos sociales ambientales en el derecho privado si enfrenta una pretensión por ejecución de un contrato o si el tercero ha podido internalizar un interés cuyo perjuicio es un daño indemnizable. En otras palabras, a dicho tenedor del interés se le debe haber otorgado un *derecho subjetivo*, que ejercerá o no según le convenga y le resulte rentable, y que sólo ejercerá si es capaz de monetizar el costo de ejecución para su propio beneficio y no para el beneficio general de la humanidad *uti universi*. El modelo correcto postula no solo que no existen de jure tales derechos subjetivos privados sobre los bienes públicos puros en el tejido de la sostenibilidad⁸⁸, sino que, si existen, normalmente no se harían cumplir, debido a la falta de beneficio privado o, peor aún, que se harían cumplir sólo para extraer una ganancia oportunista del bolsillo del infractor. *Porque el derecho privado es un orden de coordinación descentralizada* basada en legítimas decisiones autónomas derivadas de un régimen de libertad en la consecución de fines y no en la aplicación de una regulación heterónoma por medios privados⁸⁹.

Una posible opción para incentivar socialmente el uso del derecho privado en aras de la sostenibilidad sería distribuir una recompensa (daños punitivos por *pérdida de sostenibilidad*) entre fiduciarios con capacidad legal, utilizando este *excedente* para compensar la muy probable ausencia de interés en continuar con la demanda. Esta propuesta no es factible. Además de otras desventajas señaladas por el análisis económico⁹⁰, si toda la humanidad (presente y futura) tuviera una recompensa de este tipo, el coste de la actividad sería prohibitivo para el productor e impredecible para todos. Esta responsabilidad sin límites provocaría una *sobredisuación* que terminaría por eliminar cualquier iniciativa económica. Admito que la presente afirmación podría ser aplaudida por una verdadera y radical *convicción* de sostenibilidad, una convicción que aborreciera los compromisos transaccionales y los equilibrios entre el crecimiento económico y la supervivencia del planeta Tierra⁹¹. Sin embargo, por el momento, dicho programa sería injusto y socialmente perverso, generando enormes costes sociales provocados por el comportamiento estratégico de los *ganadores*, pues en realidad el contenido de tal *Ansprüche* no sería más que una ganancia oportunista para el reclamante. La prima de sostenibilidad pagada a los actores privados que gestionarían la defensa de los *bienes comunes* por cuenta propia generaría en última instancia tales costes terciarios que la situación legal privada se volvería socialmente ineficiente.

Es claro, entonces, que las opciones realistas se reducen al derecho público. El derecho público tiene tres ventajas sobre el derecho privado. En primer lugar, no es necesario probar que hubo un impacto negativo real en el colectivo supuestamente

⁸⁸ También, A. RUDA GONZÁLEZ, El daño ecológico puro, p. 79.

⁸⁹ H. SCHWEITZER, "Vertragsfreiheit, Marktregulierung", pp. 544-586, 583, 584.

⁹⁰ SCHÄFER-OTT, Economic Analysis, p. 349.

⁹¹ Que, bajo verdaderos compromisos ambientales, es la única tendencia que vale la pena seguir: *la paralización de cualquier crecimiento*, el conocido como "Degrowth principle". Véase F. EKARDT, Theorie der Nachhaltigkeit, p. 82; W. HUCK, Sustainable Development Goals, p. 55 La Agenda 2030 pretende en varios lugares enfatizar la necesidad de "decouple" el crecimiento económico de la (consecuente) degradación ambiental (cfr. Objetivo 8.4). Pero todo el problema y toda la ciencia reside precisamente en cómo conseguir ambos objetivos: emplear menos recursos por unidad de output y reducir el impacto medioambiental de los recursos empleados o las actividades emprendidas (W. HUCK, Sustainable Development Goals, p. 463).

afectado, porque las sanciones de derecho público responden al simple incumplimiento normativo, no al daño real. En segundo lugar, no existen costes de ejecución específicos, ya que la gestión de esta protección se diluye en el coste general de los organismos públicos. En tercer lugar, el procedimiento es siempre ventajoso para la propia Administración (aunque casi nunca para el bienestar de la sociedad), porque los costes de ejecución son inferiores a la cuantía de la sanción, que, al no pretender representar el verdadero daño a los afectados *uti singuli*, se embolsará y no se distribuirá entre los afectados. Pero la diferencia fundamental entre derecho público y privado en el aspecto que ahora destacamos es otra, a saber, que nuestra normativa pública medioambiental puede reconocer y reconocer la legitimación individual para reclamar en el proceso contencioso administrativo que la Administración competente *cumpla (sin más) la ley*; pero no se pueden articular pretensiones civiles de cumplimiento (sin más) de leyes.

Por sus propios medios, con el impulso a la maximización de beneficios internalizados por las partes, los contratos privados nunca conducirían a una disminución en los niveles de actividad de los productores de residuos. El derecho contractual privado es un mecanismo que produce insostenibilidad. Abandonado a sus propios recursos, es poco probable que un contrato (privado) cumpla con los requisitos de una "economía circular" porque, sin la intervención pública, los costes de una "economía circular" siguen siendo más altos que las ganancias privadas internalizadas por la empresa por las partes del contrato. Y eso sucede, en primer lugar, porque no todos los costes de la gestión de los residuos se pueden internalizar en el precio que paga el consumidor final, en segundo lugar, porque el productor no tiene incentivos para dar garantías sólidas de sostenibilidad y, finalmente, porque esto debería cargarse en el precio⁹², y los "compradores de sostenibilidad" no pagarían un recargo de sostenibilidad para el cual no tendrían una función de utilidad, especialmente debido al carácter indivisible de la sostenibilidad ambiental como promesa⁹³. Esta afirmación no es nueva. Se han producido una gran cantidad de escritos que muestran que los consumidores *descuentan hiperbólicamente* las ventajas futuras, *como puede ser la vida futura en la Tierra, sacrificándolo todo por la destacada prominencia del precio, el precio realmente pagado*⁹⁴.

Un *verdadero* interés por la sostenibilidad promovería la existencia de una opción de precio en el mercado. Solo aquellos que pagaran especialmente por la sostenibilidad

⁹² Esta es la lógica de los bonos vinculados a la sostenibilidad (SLB). Una empresa comercial, que tiene que maximizar las ganancias de sus accionistas, no puede utilizar su patrimonio para emprender proyectos de sostenibilidad que no sean rentables para los accionistas. Pero si hay inversores que deseen pagar por el compromiso de sostenibilidad de una empresa, la empresa puede emitir dichos bonos y salvaguardar los intereses a corto plazo de los no comprometidos a través de la menor remuneración que se pagará a quienes no se opongan a un menor retorno a cambio de compromisos ambientales (Ver J. POVILONIS, "Contracting for ESG: Sustainability-Linked Bonds and a New Investor Paradigm", *The Business Lawyer*, 77, 2022, pp. 625-650).

⁹³ Su "tragedia como bien común": HELLGARDT / JOUANNAUD, "Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht", pp. 183-186.

⁹⁴ La literatura ya es vasta. Véase A. KARAMPATZOS, *Private Law*, p. 30, con más referencias. Recientemente, centrado en cómo servir a propósitos sostenibles a través de contratos de consumo, F. PALOMINO y A. GUERRERO, "Mind the Consumer Behaviour", pp. 1-14: "los consumidores son oportunistas y están motivados por numerosos sesgos cognitivos".

podrían presentar legítimamente reclamaciones de sostenibilidad frente al productor. Nadie o casi nadie pagaría el precio más alto, no solo por el sesgo de descuento hiperbólico, sino también porque incluso aquellos que no lo pagan se beneficiarían en cierta medida del cumplimiento de los compromisos contractuales por parte de otras partes; un problema de parasitismo que solo terminaría cuando las partes contratantes que pagan por la sostenibilidad dejaran de hacerlo⁹⁵. Dado que el coste aumentaría los precios exponencialmente, *al final del día no habría compradores dispuestos a pagar una prima por la sostenibilidad*⁹⁶.

En términos de análisis económico, esto es sustancialmente lo que ha sostenido la (abundante) jurisprudencia española sobre reclamaciones de compradores afectadas por el caso *Volkswagen*; a saber, que la pretensión de daños y perjuicios de un comprador no puede prosperar, porque *en realidad no se ha probado* que los compradores internalicen la contingencia ambiental negativa como un menoscabo de su función de utilidad contractual. El daño externalizado hecho a la sociedad en su conjunto generalmente no impide que el contrato continúe siendo un instrumento de eficiencia Pareto-óptima, porque el comprador no asume como propio ni siquiera una fracción del daño ambiental global que podría corresponder a él como ciudadano del mundo; ni se le puede imponer por ley tal opción, por mucho que la *Estrategia Española de Economía Circular* parezca querer decir en cierto modo lo contrario⁹⁷. Estos contratos no se producirían en el mercado, porque el comprador no es consciente de que esté pagando un coste por la eliminación de una desventaja propia. Si el productor o gestor de residuos no estuviera obligado a asumir los costes de los residuos, no los incluiría en el precio como estrategia contractual.

Obviamente, los objetivos ambientales o de derechos humanos pueden ser legalmente obligatorios para los fabricantes, y los costes adicionales de cumplimiento se trasladarán al precio pagado por los consumidores. De alguna manera se podría afirmar entonces que los compradores ahora estarían comprando e interiorizando objetivos sostenibles. Esto realmente no es así. Se limitan a pagar el único precio que ofrece el mercado o, de lo contrario, se prestan a abandonar el mercado por completo. Dejando de lado la palabrería medioambiental, el interés contractual del consumidor ahora radica en el precio, no en la política pública que causó el sobreprecio actual. En caso de conflicto, culpará al vendedor de haber cobrado un precio extra por una calidad que no está cumpliendo el contrato. En la medida en que el bien o servicio siga sirviendo a las expectativas de conformidad del consumidor y éste no busque una estrategia oportunista, el consumidor reclamaría una rebaja de precio, que es, ciertamente, el remedio más sostenible, pero que refleja el menor compromiso personal con los ODS.

⁹⁵ La indivisibilidad de la sostenibilidad impediría la construcción de un mercado con opciones, en el cual aquellos preocupados por fines sostenibles pudieran pagar un premio por ello, y aquellos indiferentes a las preocupaciones por la sostenibilidad pudieran comprar a un precio más bajo, pero sin "disfrutar" de la sostenibilidad. Los que no pagan obtendrían un premio a expensas de los que pagan.

⁹⁶ Como en otros casos no relacionados con el medio ambiente, donde al final el productor no está dispuesto a ofrecer compromisos en los que el comprador pueda confiar si no puede cobrar una prima de precio por esta confianza (SCHÄFER-OTT, *Economic Analysis*, p. 479).

⁹⁷ "El consumidor debe consumir productos y servicios teniendo en cuenta la elección de compra que realiza, no solo por precio o calidad, sino también por criterios de sostenibilidad."

Las consideraciones anteriores no dejan de ser ciertas por el hecho, un tanto paradójico, de que es también a través del instrumento del contrato (generalmente privado) que la sociedad civil puede llevar a cabo "la gestión de residuos" y aplicar la "jerarquía de residuos" hasta el final, cuando se alcanza el "fin del estatus de desecho", un fin que sólo se logra, en particular, si el producto final que ya no contamina puede encontrar a su vez un mercado donde circulará por medio de contratos⁹⁸. Sin embargo, en este caso alguien está pagando un precio de sostenibilidad y alguien está sacando provecho de este precio; no porque la sostenibilidad sea el objeto del contrato (el objeto es el desperdicio y el precio), sino porque los objetivos de eficiencia a los que sirve el contrato presumiblemente están alineados con la política general de sostenibilidad, al menos hasta cierto punto.

7. Bibliografía:

- A. AGÜERO ORTIZ, "Nuevo régimen de garantías de los bienes de consumo y otras novedades introducidas por el RD Ley 7/2021 en el TRLGDCU", *Actualidad Civil*, n. 11, 2021, pp. 1-11.
- G. AKERLOFF, "The Market for «Lemons»: Quality uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, pp. 488-500.
- B. AKKERMANS / G. VAN DIJCK (eds), *Sustainability and Private Law*, Eleven, 2020.
- E. ARROYO AMAYUELAS, "The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain", *Journal of European Consumer and Market Law*, 11, 2022, pp. 35-40
- J. AVILÉS GARCÍA, "El nuevo derecho de reparación de bienes de consumo en los servicios técnicos postventa de una economía circular", *La Ley*, n 9883, 2021.
- I. BACH y E.M. KIENINGER, "Ökologische Analyse des Zivilrechts", *Juristen Zeitung*, 2021, pp. 1088-1098.
- T. BAUERMEISTER, "Die «Bezahlung» mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte", *Archiv für die civilistische Praxis*, 222, 2022, pp. 372-400.
- A. BECKERS, "Environmental Protection meets Consumer Sales. The Influence of Environmental Market Communication on Consumer Contracts and Remedies", *European Review of Contract Law*, 14, 2018, pp. 157-189.
- S. CÁMARA LAPUENTE, "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *La Ley*, 29 June 2021, pp. 1 -32.
- A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Thomson-Reuters, 3rd edic., 2021.

⁹⁸ Art. 5.1 Ley 7/2022 de Residuos.

- A. CARRASCO PERERA, "Los compradores del Dieselgate por segunda vez ante el Tribunal Supremo", *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021: (www.centrodeestudiosdeconsumo.com).
- A. CARRASCO PERERA/ L. GARCÍA MONTORO, "Batalla legal contra Volkswagen. El desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate", *Revista CESCO Derecho de Consumo*, 18, 2016, pp. 1-16.
- A. CARRASCO PERERA / L. GARCÍA MONTORO, "Volkswagen: «El coche del pueblo» engañado y confundido", *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2015 (www.centrodeestudiosdeconsumo.es).
- M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Aranzadi, 2021.
- H. COLLINS, "Conformity of Goods, the Network Society, and the Ethical Consumer", *European Review of Private Law*, 5, 2014, pp. 619-640.
- E. CORRAL GARCÍA, "El dieselgate: dos modos distintos de enfocar y resolver en España", *Práctica de Derecho de Daños*, 149, 2021, pp. 1-11.
- T. EGER / H.B. SCHÄFER, *Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538.
- F. EKARDT, *Theorie der Nachhaltigkeit*, Nomos, 3rd edic. 2021.
- J. EWING, *Wachstum über alles. Der VW-Skandal. Die Personen. Die Technik. Die Hintergründe*, Droemer, 2017.
- N. FENOY PICÓN, "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, 52, 2009, pp. 157-280.
- L. GARCÍA MONTORO, "La justicia española reitera su posición en el caso Dieselgate: no existe error invalidante del consentimiento en la compra de vehículos Volkswagen", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 22, 2017, pp. 151-159.
- K. GEHNE, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip: Normativer Aussagegehalt, rechtsteoretische Einordnung, Funktionen in Recht*, Mohr Siebeck, 2011.
- B. GSELL / T. M.J. MÖLLERS, *Enforcing Consumer and Capital Markets Law: the Diesel Emissions Scandal*, Intersentia, 2020.
- A. HALFMEIER, "Nachhaltiges Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 216, 2016, pp. 718-762.
- A. HELLGARDT / V. JOUANNAUD, "Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis* 222, 2022, pp. 163-216.
- M. HEESE, "Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal. Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne", *Juristen Zeitung*, 9/2019, pp. 429-440.

W. HUCK, *Sustainable Development Goals*, Beck, Nomos, Hart, 2022.

A. JANSSEN, "The Dieselgate Saga: The Next Round", *Journal of European Consumer and Market Law* 11, 2022, pp. 169-172.

A. KARAMPATZOS, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated Choice Model*, Routledge, 2020.

S. LARS SONDE, *Das kaufrechtliche Mängelrecht als Instrument zur Verwirklichung eines nachhaltigen Konsums*, Kassel University Press, 2016.

J.A. MACDOUGALD, "United States of America", in M. Frigessi Di Rattalma, *The Dieselgate*, Springer, 2017.

V. MAK / E. TERRY, "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 43, 2020, pp. 227-248.

B. MENHOFER, "Die Rechtsprechung zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen- ein Zwischenstand", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 3692-3695.

C. MELLER-HANNICH/E. KRAUSBECK, "Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Germany", *Journal European Consumer and Market Law*, 2020, pp. 168-172.

H. MICKLITZ, "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *Journal European Consumer and Market Law*, 2019, pp. 229-237.

G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "El Dieselgate ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva", *Indret*, 3/2020, pp. 1-34.

F. PALOMINO / A. GUERRERO, "Mind the Consumer Behaviour: Overcoming Consumer Biases in the Assessment of Sustainability Cooperation Agreements", *Business Law International* 22, 2022, pp. 1-14.

C. PLANA ARNALDOS, "Responsabilidad por software fraudulento. Diferentes remedios para un mismo problema", en J. Ataz López / J.A. Cobacho Gómez (eds.) *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, Thomson Reuters, 2021, III, pp. 1165-1190.

C. PONCIBÓ, "A Contract Law for future generations", https://www.researchgate.net/publication/347981015_A_contract_law_for_future_generations.

C. PONCIBÓ, "The Contractualization of Environmental Sustainability", *European Review of Contract Law* 12, 2016, pp. 335-355.

J. POVILONIS, "Contracting for ESG: Sustainability-Linked Bonds and a New Investor Paradigm", *The Business Lawyer*, 77, 2022, pp. 625-650.

R. RAVALLI, "External Effects of Contract: From Fair to Sustainable Contracts", <https://ssrn.com/abstract=3624718>.

- A. RODRÍGUEZ GUITIAN, "Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)", *Anuario de Derecho Civil*, 75, 2022, pp. 635-724.
- A. RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro*, Thomson Reuters, 2008.
- H.B. SCHÄFER / B. FÜHRMANN, "Zivilrechtliche und Oekonomische Aspekte zum Dieselsakandal del Volkswagen AG", *Wirtschaftsdienst*, 98, 2018, pp. 243-251.
- H.B. SCHÄFER / C. OTT, *The Economic Analysis of the Civil Law*, Edward Elgar Publishing, 2022.
- S. SCHLACKE, M. ALT, K. TONNER, E. GAWEL, W. BRETSCHNEIDER, *Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht*, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Texte 72/2015.
- R. SCHULZE / F. ZOLL, *European Contract Law*, Nomos, 3rd edition, 2021.
- C. SCHMID, "Germany", in M. FRIGESSI DI RATTALMA, *The Dieselgate*, Springer, 2017.
- H. SCHWEITZER, "Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatsrecht als dezentrale Koordinationsordnung", *Archiv für die zivilistische Praxis*, 220, 2020, pp. 544-586.
- A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, H. Bolau, 1878.
- M. TUR FAÚNDEZ, "El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril", *La Ley Mercantil*, 83, 2021, pp. 1-15.
- L. VALLE / C. MARULLO, "Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals", *International Community Law Review*, 24, 2022, pp. 100-123.
- E. VAN GOOL / A. MICHEL, "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", [*Journal of European Consumer and Market Law*, 10, 2021, pp. 136 - 147.](#)