Dieselgate: respuesta jurisdiccional

Juan VACAS LARRAZ

En septiembre de 2015, salió a la luz en Estados Unidos que la empresa automovilística Volkswagen había instalado ilegalmente en parte de sus vehículos diésel un software que detectaba cuándo se encontraban en proceso de homologación de manera que reducían las emisiones contaminantes y ello les permitía pasar dichos tests. El descubrimiento fue realizado por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA por sus siglas en inglés).

Los vehículos afectados superaban los once millones y fueron comercializados entre 2009 y 2015 no solamente en Estados Unidos, sino también en Europa y, en menor medida, en el resto del mundo. Las marcas comerciales afectadas son Seat, Audi, Skoda Volkswagen y Volkswagen Vehículos Comerciales.

En octubre de 2016, la empresa Volkswagen pactó con las autoridades del país norteamericano pagar una indemnización de 17.500 millones de dólares a los propietarios de los vehículos afectados y a los concesionarios. Además, se le impuso una sanción de 4.300 millones de dólares por el Departamento de Justicia de dicho país.

En Europa, la solución al problema ha quedado en manos de los tribunales de justicia.

El presente artículo analiza cuál ha sido la respuesta que los tribunales españoles han dado a este tipo de litigios hasta la fecha. La misma no puede considerarse satisfactoria.

Ante una situación de fraude masivo en la venta de coches con unas determinadas características, ha existido un excesivo rigor en la aplicación de la normativa procesal y sustantiva. Ello ha supuesto el dictado de sentencias desestimatorias mayoritariamente, a excepción de la Audiencia Provincial de Baleares.

Se pone de manifiesto una tendencia restrictiva en materia de derecho de daños por cuestiones esencialmente formales en el ámbito jurisdiccional y se proscriben las soluciones equitativas. Además, se transmite un mensaje poco esperanzador a los consumidores, ya que el notorio escándalo que este caso ha causado no tiene consecuencias para la empresa responsable del mismo. Ante la ausencia de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos de este tipo, que afectan a miles de personas, los tribunales de justicia han de ser conscientes de las consecuencias que sus decisiones tienen más allá de la mera resolución del caso concreto.

1) Antecedentes fácticos

a) La situación de los vehículos adquiridos: instalación de software fraudulento.

El software fraudulento instalado en la central de control electrónico del vehículo permitía utilizar dos calibraciones diferentes en función de las condiciones de operación del motor: una primera calibración (modo 1) diseñada para optimizar las emisiones de óxido de nitrógeno (en adelante, NOx) de los motores durante las pruebas de homologación de los coches (en banco de rodillos); una segunda calibración (modo 2) diseñada para la optimización del funcionamiento del motor con reducidas emisiones de partículas y reducidos valores de consumo de combustible fuera de las condiciones de homologación. El software era capaz de reconocer que el vehículo estaba siendo sometido al control de emisiones en ciclo de homologación.

El mismo únicamente controla las emisiones de NOx y no las de CO2. Ello tiene gran importancia puesto que el Grupo Volkswagen, en el proceso de comercialización de los vehículos afectados y en las campañas publicitarias correspondientes tan solo se refería a las emisiones de CO2 pero no a las de NOx. Precisamente, la finalidad de tal mecanismo dual era mejorar los test oficiales a los que eran sometidos los vehículos para le medición del NOx.

En Estados Unidos, este fraude ha tenido consecuencias nefastas para Volkswagen. Sin embargo, en Europa, en general, y España, en particular, las mismas no han sido tan graves, de momento. Ello se debe, fundamentalmente, a que el proceso de homologación vigente en el periodo de tiempo antes indicado era mucho menos exigente en nuestro continente que en Estados Unidos. Así, en el primero, los límites de emisiones de gases NOx estaban en 180 mg/km, mientras que en el segundo, se reducían hasta los 31 mg/km. Además, el ciclo de homologación en Europa duraba veinte minutos y el pedal se situaba en posiciones diferentes, mientras que en Estados Unidos era un ciclo mucho más agresivo y más próximo a la conducción real.

En Europa, los vehículos que contaban con este programa instalado al comercializarse, han sido y siguen siendo aptos para la conducción y no se han visto afectados por ninguna resolución administrativa que revoque o suspenda su homologación ni revocación del permiso de circulación. Emiten menos gases NOx en condiciones de conducción real que sus competidores en el mercado. Así lo afirma, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, de 12 de abril de 2017: "Del examen de las pruebas practicadas podemos concluir que el vehículo, en ningún caso, supera los límites que establece la normativa europea en materia contaminante y sigue siendo uno de los menos contaminantes del mercado en su categoría".

Ante tal situación, el Grupo Volkswagen no tardó en ofrecer una solución técnica, haciéndose cargo de todos los costes derivados de la implantación de la misma. Sostiene que los vehículos no se van a ver afectados en sus prestaciones tras la implantación de la solución. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 21 de diciembre de 2017, resumen con gran precisión el alcance de aquélla: "La empresa fabricante ha ofrecido a los compradores de vehículos con tales motores una solución técnica sin coste para el titular del vehículo, y cuya implantación está previsto se prolongue en torno a unos cuarenta minutos de estancia en el taller, solución que afecta al motor, implicando básicamente las siguientes modificaciones técnicas: a) eliminación de la función acústica

y las calibraciones modo 1 y 2; b) mejora del algoritmo de control de la presión de inyección; c) mejora del algoritmo de detección y corrección de la dispersión entre inyecciones; d) nueva calibración del motor; e) mejora de aire mediante un cambio orgánico en el motor EA 189 16 TDI EU 5".

b) Las prestaciones del vehículo no se verán afectadas por la reparación.

La respuesta de los tribunales españoles ante esta cuestión ha sido casi unánime. Salvo alguna excepción procedente de resoluciones dictadas en primera instancia luego revocadas en apelación, todas las sentencias analizadas entienden que la implementación de la solución propuesta por el Grupo Volkswagen para corregir el software fraudulento no afecta a las prestaciones del vehículo.

La antedicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos sostiene que "la implementación de tales modificaciones no provoca alteración alguna respecto de los valores registrados en homologación, ni en las emisiones reguladas, y en concreto no se ve afectada la par máxima, la potencia máxima, el consumo de combustible ni la capacidad de aceleración".

Las anteriores consideraciones fácticas resultan de las conclusiones del informe pericial que el Grupo Volkswagen ha aportado en todos estos litigios, sin excepción. Se trata siempre del mismo informe que ha sido emitido por cinco profesores del Instituto Universitario de Investigación CMT -Motores Térmicos- de la Universidad Politécnica de Valencia. Pese a su identidad, el mismo se ha incorporado a todos los procedimientos cumpliendo con las exigencias legales, incluido el juramento o promesa de decir verdad y actuar con objetividad, y siempre ha sido ratificado en la vista del juico por alguno de sus emisores, quedando sometido el informe a la debida contradicción.

Además, las partes demandadas en estos procesos han presentado como prueba documental un certificado emitido por la Oficina Federal de Circulación Alemana (KBA) en fecha tres de junio de 2016 que acredita que, en los coches Volkswagen AG, tras la retirada de los mecanismos de desactivación no autorizados, los vehículos afectados por la instalación del software fraudulento "cumplen con los requisitos técnicos de los actos jurídicos particulares relacionados con la Directiva 2007/46/CE", que era la vigente en el momento de homologarse aquéllos.

Posteriormente, en fecha 21 de noviembre de 2016, el mismo organismo alemán emitió un nuevo certificado en el que constata que los vehículos SEAT, S.A., "vuelven a cumplir la normativa gracias a las modificaciones de los datos de aplicación presentados por dicha empresa".

Finalmente, en el ámbito de diligencias previas seguidas en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional por denuncia contra el Grupo Volkswagen, se emitió un informe policial sobre seguimiento de un vehículo al que se le implementó la referida solución técnica, señalándose "que no hay constancia que la misma haya afectado a su conducción segura, potencia y demás prestaciones, y consumo de combustible". La aportación a modo de documental de este informe también se ha producido en los litigios tramitados ante la jurisdicción civil.

La infalibilidad del remedio propuesto por el Grupo Volkswagen ha contado con alguna discrepancia. Así, la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Santander de fecha 27 de febrero de 2017, Nº 35/2017, concluye, tras valorar la prueba pericial

antes indicada, las documentales consistentes en los certificados de la KBA y las diligencias policiales practicadas en la causa instruida en la Audiencia Nacional, lo siguiente: "Aunque la prueba sobre los efectos que la corrección de software tiene sobre el vehículo es contradictoria, dadas las tajantes conclusiones del perito judicial, y considerando que su dictamen tiene mayor valor probatorio que el resto, por la imparcialidad de su elección por insaculación, y por haber venido su informe precedido de un reconocimiento del vehículo y el estudio de todos los antecedentes, incluidos todos los demás informes obrantes en la causa, se debe concluir que el vehículo adquirido, por la corrección del software a que debe someterse, queda afectado en su funcionamiento, aunque de forma mínima y no perceptible para un conductor normal". Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, de once de diciembre de 2017, por entender no ajustadas a derecho ninguna de las reclamaciones por daños que efectuaba la parte actora. No obstante, la resolución no se pronuncia sobre si las prestaciones del vehículo han quedado afectadas.

2) Legitimación de las partes:

a) Legitimación activa:

Desde el punto de vista de la legitimación activa, hay que distinguir según la parte actora ostente o no la condición de consumidora.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 12 de abril de 2017, analiza y rechaza la posibilidad de que una sociedad mercantil pueda ostentar tal condición cuando actúa en el ejercicio de su actividad: "En tercer lugar, que la mercantil actora no ostenta la condición de consumidora, por lo tanto, la presente reclamación no puede ser analizada al amparo de tales normas, dado que se trata de una empresa destinada a una actividad comercial, y el vehículo fue adquirido para la misma, como "Flota de Empresa nivel I, (doc. 1 Folio 20), precisando Doña XXX, comercial de la demandada, y persona que vendió el vehículo a la actora, que tal circunstancia fue expresamente tomada en consideración en el contrato y por ello le aplicaron dos descuentos, el primero, por adquirirlo como flota de empresa y, el segundo, por adquirir el que tenían en stock". A *contrario sensu*, sí que obtendría la protección de la referida normativa si la adquisición del vehículo no se realizó con el fin de destinarlo a su actividad empresarial. La carga de la prueba de la condición de consumidora en un supuesto así correspondería a la mercantil que dice ostentarla.

La cuestión es importante porque el repertorio de acciones al que puede acudir una persona perjudicada será más amplio en el caso de que sea consumidora, como luego se expondrá. En caso de no serlo, la valoración jurídica del fraude habrá de analizarse exclusivamente al amparo de las normas del Código Civil reguladoras de los contratos.

Por otra parte, el quince de junio de 2016 la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) interpuso una demanda de conciliación contra el Grupo Volkswagen a la que se han adherido más de 7.500 consumidores. Reclama indemnizaciones económicas para las personas afectadas que ascienden a un total de 22.602.000 Euros, unos 3.000 Euros para cada una de ellas.

La parte demandada no compareció al acto de conciliación por lo que la actora ha seguido adelante con su pretensión, interponiendo una demanda colectiva que

ha sido admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Madrid en abril de este año.

b) Legitimación pasiva.

Las sentencias dictadas por nuestros tribunales hasta este momento permiten distinguir dos situaciones en cuanto a la legitimación pasiva.

Por una parte, cuando la demanda se interpone contra la concesionaria vendedora exclusivamente. En estos casos, todas las resoluciones dictadas han reconocido legitimación pasiva a aquélla.

Por otra parte, también destacan los litigios en los que la demanda se interpone también contra la mercantil titular de la marca del vehículo en cuestión (Seat, Audi, Skoda Volkswagen o Volkswagen Vehículos Comerciales). En estos casos, la casuística es variada y divergente.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de veintiuno de diciembre de 2017, niega la legitimación pasiva de Volkswagen Audi España Sociedad Anónima (VAESA) por entender que las partes codemandadas (VAESA y concesionaria) carecen de la condición de grupo empresarial. Así, puesto que "el contrato de compraventa del vehículo objeto del presente procedimiento fue convenido entre el actor y la demandada Valladolid Wagen (concesionario vendedor) y habiéndose limitado la codemandada VAESA a importar desde Alemania el vehículo y suministrarlo al concesionario, no cabe duda de que es la codemandada Valladolid Wagen, S.A., la única pasivamente legitimada para soportar las consecuencias de la acción contractual ejercitada al amparo de lo estatuido en el artículo 1101 C Civil. Lo impone el principio de relatividad de los contratos y límite personal que establece el artículo 1257 del Código Civil ("los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos...") así como el principio de separación de la personalidad jurídica, de cada una de las mercantiles demandadas".

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, de 20 de octubre de 2017, sí que reconoce legitimación pasiva a la codemandada VAESA por haber asumido con sus actos la responsabilidad del fraude y haber ofrecido una solución técnica al adquirente del vehículo: "Es la codemandada VAESA la que se dirige al comprador como su cliente para comunicarle que su vehículo está afectado por la incidencia de los motores diésel y para manifestarle que la reparación se llevará a cabo tan pronto como nuestros Servicios Oficiales estén preparados en una aceptación extrajudicial de su legitimación pasiva y ello con independencia de que se identifique en esa misiva al fabricante de los motores, Volkswagen AG y de la responsabilidad en que esta entidad haya incurrido. Esta carta constituye el acto de vinculación al que la propia apelante hace referencia al citar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004". Este argumento también ha sido acogido por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, de 15 de marzo y de 10 de abril de 2018.

No reconocen legitimación pasiva a Seat, S.A., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, de siete de septiembre y nueve de noviembre de 2.017. En ambos casos el problema radica en la acción ejercitada, de índole contractual y no de las previstas en la normativa protectora de consumidores y usuarios. Ambas resoluciones rechazan el argumento esgrimido por Seat, S.A., para negar su responsabilidad. Ésta

afirma que no ha participado en el diseño, desarrollo y fabricación del motor del vehículo adquirido por la actora, dado que dichas tareas corresponden a la sociedad alemana Volkswagen A.G, limitándose la codemandada a incorporar dicho motor a los vehículos marca Seat. Pese a rechazar este argumento, niegan la legitimación de Seat, S.A, debido a que "se ejercita acción de responsabilidad contractual, y es lo cierto que ningún vínculo de esta naturaleza se creó entre cualquiera de las fabricantes (Volkswagen o Seat) y la actora que compró el vehículo a la codemandada "Talleres Menorca, S.A." que, en consecuencia, será la única pasivamente legitimada en este litigio en el que no se ejercitó en tiempo y forma acción alguna por daños causados por bienes defectuosos derivada del artículo 128 y concordantes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios". Debe destacarse que la acción realmente procedente al amparo de esta normativa es la prevista en los artículos 117 y siguientes de dicha ley y no la regulada en los artículos 128 y siguientes, reservada para reclamar los daños materiales causados por los productos defectuosos y no daños causados en productos defectuosos.

Precisamente, ello es lo que se resuelve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 17 de octubre de 2017, en la que sí que se reconoce legitimación pasiva a Seat, S.A., por cuanto se ejercitan conjuntamente acciones de responsabilidad contractual y del artículo 117 de la Ley General del Defensa de Consumidores y Usuarios.

Finalmente, tampoco se ha reconocido legitimación pasiva en dos supuestos en los que una de las partes codemandadas eran la correduría de seguros que aseguró el vehículo afectado de la parte actora (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 31 de julio de 2017) y la financiera Volkswagen Finance, S.A., que fue la que suscribió con la parte actora adquirente del vehículo el contrato de financiación (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Santander, de 27 de febrero de 2017, cuyo razonamiento fue admitido por la de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, de once de diciembre de 2017, que resolvió el recurso de apelación). En ambas resoluciones, se insiste en que dichas mercantiles tienen personalidad diferente a la concesionaria y a la fabricante y no han intervenido en el contrato de compraventa que es el que se impugna ante los tribunales.

3) Acciones ejercitadas en este tipo de litigios:

Las acciones de las que se han servido las partes actoras para fundar sus pretensiones en las demandas de este tipo de litigios han sido variadas. En la mayoría de los supuestos analizados, las mismas han tenido su base en el Código Civil. En menor número, la acción ejercitada ha sido de las reguladas en la normativa protectora de consumidores y usuarios.

a) Acción de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

La misma está regulada en los artículos 135 y siguientes de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. El artículo 135 dispone que "los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen".

Como antes se indicaba, la acción regulada en tal precepto permite reclamar los daños causados por dichos productos, pero no en dichos productos. Así lo establece

el artículo 142 del mismo texto normativo al disponer que "los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil".

Por tanto, en los pocos supuestos en los que se ha intentado el uso de la misma, ésta ha sido rechazada por ser una acción improcedente para este tipo de litigios.

b) Acción de reclamación por consumidor por falta de conformidad con el producto.

El artículo 114 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios dispone que "el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él, de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto".

El artículo 118 de la misma norma añade que "el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título".

Regulan estos preceptos la denominada acción por falta de conformidad con el producto. Ésta tiene su origen en el conocimiento por las personas consumidoras adquirentes de vehículos pertenecientes al Grupo Volkswagen de la instalación del software fraudulento antes explicado.

Si el adquirente no ostenta tal condición de consumidor, no podrá reclamar con base en tal precepto.

Además, ha de destacarse que, en cuanto a la regulación de los efectos de esta acción, la misma solamente prevé la resolución del contrato cuando no sea posible la reparación o sustitución del producto adquirido o cuando ésta no se haya realizado en tiempo oportuno (artículos 119 a 121 de la antedicha norma). Tal y como consta *supra*, el Grupo Volkswagen se apresuró a ofrecer esa solución efectiva y sin coste alguno para las personas afectadas por lo que la resolución contractual no sería procedente.

En relación con las normas de carga de la prueba, esta acción regula un supuesto de responsabilidad cuasi objetiva del fabricante o concesionario, de manera que el comprador corre con la carga de acreditar la existencia de un daño, un defecto y un nexo causal entre ambos, quedando exenta de probar la negligencia del fabricante.

El principal problema que ha planteado el ejercicio de esta acción ha sido el cumplimiento del plazo de garantía. El artículo 123 de la LGDCU afirma que "el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega".

En cuanto al *dies a quo* de dicho plazo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Santander, de 27 de febrero de 2017 expone con claridad como el hecho que pone de manifiesto esa falta de conformidad y, por tanto, el *dies a quo* ha de ser "septiembre de 2015 que es cuando el grupo Volkswagen reconoce públicamente que un número indeterminado de vehículos de las marcas Volkswagen, Audi, Seat y Skoda, disponían de un Software en el motor diésel que permitía modificar los niveles de emisiones de las partículas denominadas NOX discriminando si se encontraba bajo condiciones de homologación - banco de pruebas- o de conducción habitual".

Puede afirmarse, en principio que, desde septiembre de 2017, esta acción ya no podría ejercerse ante los tribunales, restando como únicas acciones viables las reguladas en el Código Civil.

Esta afirmación contaría con una excepción, cual es la existencia de un plazo de garantía contractual que excediera del legal, lo que es habitual en la compraventa de coches. A ello se refiere de manera tangencial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 21 de noviembre de 2017: "Alude finalmente el impugnante a la existencia y extensión de la garantía comercial de su vehículo que ampliaba a cuatro años la garantía legal, cuestión sobre la que sin embargo no cabe pronunciarse en esta alzada ya que, como bien denuncian las partes impugnadas, se trata de una cuestión nueva que no fue objeto de alegación ni de controversia en la instancia".

c) Acción por conducta engañosa constitutiva de competencia desleal.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de veintiuno de diciembre de 2017 niega de plano la procedencia de la misma al afirmar que "la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por conducta engañosa constitutiva de competencia desleal en los términos del art. 21 de la Ley reguladora de la misma, no se ha ejercitado y sólo puede ejercitarse si ha intervenido dolo o culpa en el agente, cual no es el caso de la empresa concesionaria demandada, que actuó de buena fe siendo ajena a la implantación del software e ignorante de su existencia cuando el vehículo se vendió".

En todo caso, la competencia objetiva por razón de la materia correspondería a los Juzgados de lo Mercantil.

d) Acción de nulidad de pleno derecho por infracción legal.

La totalidad de las sentencias que han conocido de esta acción la han desestimado por dos motivos. Por una parte, sostienen que no hay constancia que en el ámbito de la Unión Europea o de sus Estados miembros, incluido el Reino de España, se haya dictado una resolución judicial o administrativa que establezca que los motores litigiosos incumplen la normativa Euro 5 sobre gases contaminantes o que señala que la homologación no se ajusta a Derecho. Por la otra, porque la homologación de un vehículo no deja de ser un acto administrativo que tiene la presunción de validez y conformidad con la legalidad salvo que por resolución administrativa o judicial se declare su nulidad por vulneración de normativa legal. Ello tampoco se ha producido.

e) Acción de anulabilidad por vicio del consentimiento causado por error/dolo.

Tampoco ha sido estimada esta acción en las resoluciones dictadas.

Éstas han tenido por probado que el fraude no es grave en términos de la relación contractual y esencialidad de las prestaciones afectadas, dado que el software instalado no afectaba a las emisiones del vehículo ni altera sus condiciones contaminantes en modo circulación. Ello solo se produce en fase homologación y en cuanto a las emisiones de NOx.

Precisamente, se argumenta como motivo de desestimación que las campañas publicitarias de este tipo de vehículos informaban sobre bajos niveles de emisiones en gases CO2 pero no en NoX, es decir, el consentimiento prestado por los compradores lo es, en todo caso, por los bajos niveles de emisión del primer de los gases y no del segundo, que es el único afectado por el software fraudulento.

Además, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de noviembre de 2012 y de 26 de octubre de 2013, entre otras muchas) que el vicio del consentimiento ha de recaer sobre un elemento esencial del contrato, lo que no es el caso porque no se

ha conseguido acreditar en ninguno de los litigios enjuiciados que el nivel de emisiones de óxido de nitrógeno medido en laboratorio sea elemento esencial del contrato de compraventa del vehículo.

Lo anterior elimina tanto el dolo como el error.

Otro de los motivos aducidos por las partes demandantes como fundamento de la acción de anulabilidad es la del perfil ecológico del comprador del vehículo, es decir, el motivo esencial por el que se adquiere ese modelo es precisamente sus bajos niveles contaminantes. Sin embargo, tan solo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Manacor de cinco de enero de 2018 ha declarado la nulidad del contrato de compraventa por este motivo. Sostiene que, al haberse vendido pocas unidades del coche adquirido (Skoda Yeti Blue Line), debe entenderse que quien lo compraba lo hacía por tener un perfil ecológico. En los restantes casos, el mismo no se ha tenido por probado.

f) Acción de resolución contractual por incumplimiento grave de la parte vendedora.

Lo esencial en estos casos es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas expectativas y aspiraciones de la contraparte. Ello se produce, en los términos de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Principios de Unidroit, artículos 7.3.1 2ª), cuando se priva sustancialmente al comprador "de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud de contrato".

Sin embargo, en este tipo de litigios no nos hallamos ante un supuesto de frustración del fin del contrato o de entrega de cosa distinta a la pactada que justifique la resolución del contrato. En realidad, no se han acreditado deficiencias en el uso del vehículo que no puedan ser corregidas con solución técnica ofrecida por el Grupo Volkswagen. Así, dicho incumplimiento no es grave ni relevante. El único efecto anudado al mismo ha de ser, en todo caso, la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios producidos.

g) Responsabilidad civil por culpa extracontractual.

La problemática suscitada a propósito de la legitimación pasiva antes analizada ha motivado que alguna de las sentencias que se han dictado reduzcan el análisis de lo sucedido a una única y sencilla cuestión en términos jurídicos: la instalación del dispositivo ha causado una molestia a los compradores de dichos vehículos y ello tiene trascendencia a efectos civiles. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª, de 13 de octubre de 2017, se pronuncia en los siguientes términos: "Estas declaraciones tienen eficacia acreditativa de las molestias que la instalación del dispositivo ocasionó a los compradores de coches, no por aplicación de la doctrina de los actos propios..., sino por su propio contenido. Es decir, el fabricante de los coches que la demandada "Talleres Menorca, S.a." comercializaba, reconoce que instalaran en ellos un dispositivo "que ha causado un daño", y esto es lo relevante a efectos civiles".

El principal problema de esta acción es su plazo de prescripción de un año, conforme al Código Civil, y tres años conforme al Código Civil de Cataluña.

h) Acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Nuestros tribunales sí que han aceptado esta acción. El vehículo debe ser sometido a un proceso de desinstalación del software, sin que sus prestaciones se vayan a ver afectadas. En términos jurídicos, ello constituye un incumplimiento contractual que no es ni

grave ni relevante. El único efecto ha de ser, en todo caso, la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios producidos como consecuencia del incumplimiento.

La clase de daño a indemnizar y, en su caso, la valoración del mismo han de ser analizados, a continuación, de manera detallada puesto que constituyen otro de los aspectos jurídicamente más interesantes.

4) Daños y perjuicios: cuestiones procesales y conceptos indemnizables

Si acertar con la acción ejercitada ha supuesto un problema para las partes actoras en este tipo de litigios, no lo ha sido menos todo lo relativo a los daños y perjuicios reclamados. En algunas ocasiones, el problema ha radicado en la existencia de defectos formales en la reclamación. Sin embargo, en la mayor parte de las resoluciones analizadas, el problema ha radicado en el rechazo a todos los conceptos en los que se basaba la petición de indemnización, a excepción de la Audiencia Provincial de Baleares, que ha defendido indemnizar en la cuantía de 500 Euros por daño moral, siempre y cuando el mismo hubiera sido reclamado expresamente.

a) Cuestiones procesales:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 21 de noviembre de 2017, rechaza cualquier tipo de indemnización porque en la demanda no se cuantifica exactamente la suma reclamada por daños y perjuicios. Pese a que en la misma sí que se hace una remisión a un informe pericial adjunto que sienta las bases para una cuantificación ulterior, éstas no permiten hacerlo mediante una sencilla operación aritmética.

En semejantes términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 12 de abril de 2017. En la demanda se había solicitado la condena de la parte demandada a abonar a la parte actora en concepto de daños y perjuicios la cantidad que resultara en fase de ejecución de sentencia. Ambas resoluciones, entre otros motivos, desestiman la pretensión invocando el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prohíbe las condenas de futuro.

b) Conceptos indemnizables:

El concepto daño moral es el único que ha tenido acogida y tan solo en algunas de las resoluciones dictadas por nuestros tribunales.

Sin embargo, éstas han valorado otras opciones que han sido planteadas por las partes o, incluso, han sido introducidas de oficio por los tribunales enjuiciadores en primera instancia, pese a su revocación posterior en fase de apelación.

La mayor parte de las demandas interpuestas justifican la indemnización de daños y perjuicios por la depreciación del valor del vehículo como consecuencia de la incidencia padecida. Frente al criterio de los juzgados de primera instancia, proclives a reconocer esta pérdida de valor por la mera existencia del fraude, las resoluciones de las Audiencias Provinciales han sido más favorables a exigir prueba concreta respecto a dicha devaluación. Al no haber sido justificada con base en criterios técnicos objetivables, se ha producido una desestimación de esta pretensión.

Otro criterio también invocado es el de la pérdida de potencia del vehículo como consecuencia de la reparación efectuada por Volkswagen. Como se indica *supra*, la única

resolución en la que se ha tenido por probada esta circunstancia ha sido la del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Santander, que consta analizada anteriormente. En todo caso, la misma fue revocada por la resolución dictada en fase de apelación. Esta pérdida de potencia ha de constar acreditada mediante la oportuna prueba pericial y una vez el vehículo en cuestión haya sido sometido a reparación. En la antedicha sentencia, el razonamiento del juzgador fue el siguiente: "En el presente caso, si, como dictamina el perito judicial, "la potencia en el momento de alcanzar el par motor se ve reducida en un 4%", minorando su potencia real a unos 135 CV, frente a los 140 CV pactados, en ese porcentaje debe reducirse también el precio de venta. Además, y dado que tal pérdida de potencia puede ocasionar un plus en el consumo de gasolina de medio litro a los 100 Km, cuando el consumo medio indicado por el fabricante es de 4,5 litros a los 100 Km, por este perjuicio añadido se puede fijar otro porcentaje alzado del 6 %, que también debe reducirse del precio abonado, a sumar al porcentaje anterior, quedando así fijado el importe de la venta en el valor que tendría el vehículo de haber sido conforme al contrato… En consecuencia, y por todo lo expuesto, si al precio de venta de 23.894,76 Euros, se le aplica una reducción del 10% por la pérdida de potencia y aumento del consumo de gasolina, el valor real de venta debería haber sido de 21.505,28 Euros, lo que lleva a cifrar la cantidad resultante de la diferencia y la rebaja del precio de venta, en un importe de 2.389,47 Euros".

Por su parte, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 12 de Valladolid de fecha 25 de octubre de 2016, Nº 291/2016, el juzgador, de oficio, acuerda una indemnización con base en un concepto jurídico: la vulneración del principio de buena fe contractual en sentido objetivo. Sostiene dicha resolución que la conducta tanto de la concesionaria como de Volkswagen "infringen los deberes de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que le son propias como vendedora del producto, y afecta a la confianza del consumidor en varios sentidos. En primer lugar, por la propia naturaleza del acto, que implica un engaño a las autoridades de control y al público en general, dado que no parece razonable que una marca del prestigio de Volkswagen considere aceptable llevar a cabo tales prácticas engañosas como algo propio de su actividad empresarial y en el tráfico jurídico. En segundo lugar, porque, detectada dicha práctica de engaño, resulta igualmente razonable desde la perspectiva del consumidor que no se quiera asumir una reparación por la propia marca, cuando ello implica una manipulación del motor verificada con secretismo y sin que conste acreditado de manera indubitada que no afectará a las prestaciones de un vehículo de la antigüedad del que pertenece al actor. En tercer lugar, porque cabe entender que, de disponer el consumidor de la información relativa tal práctica engañosa, en los términos que establecía la Directiva CE 2005/29, esto es, que el vehículo que pretendía adquirir tenía instalado un software de desactivación como forma de obtener la homologación, habría adoptado la decisión de adquirir ese producto sospechoso. Todo lo anterior lleva a la conclusión de que se ha incurrido en un incumplimiento parcial de la prestación, en los términos que establecen los artº 7.1 y 1101 CC, y 61.2 y 65 TRLGDCU."

El problema de esta solución radica en cómo calcular la indemnización correspondiente de una manera objetiva y proporcionada. En todo caso, esta resolución también fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de veintiuno de diciembre de 2017.

También se ha pretendido justificar la indemnización con el siguiente argumento. La solución técnica ofertada por el fabricante supone la intervención del vehículo y la consiguiente inutilización del mismo mientras ésta se lleva a cabo. Ello constituye en sí mismo un daño emergente derivado de los gastos en los que puede incurrirse para completar ese proceso.

Existen argumentos para rechazar este concepto indemnizatorio cuales son que el cambio de software es voluntario y no exigido por la autoridad competente y el actor no está obligado a someterse a dicha intervención y que, según sostiene Volkswagen, se realiza sin coste para los titulares del vehículo y, en principio, sólo conlleva la estancia del vehículo en taller durante unos cuarenta minutos, dándose opción al titular para elegir el día y la hora.

En todo caso, el reconocimiento de este concepto exige que la parte actora lo haya solicitado expresamente en la demanda y que logre probarse de manera efectiva, real y cierta, no siendo admisible la pretensión de indemnización de un daño hipotético, posible y futuro.

Como antes se apuntaba, el único concepto indemnizatorio admitido ha sido el del daño moral, siempre y cuando haya sido solicitado expresamente por la parte actora. Esta solución ha sido adoptada por la Audiencia Provincial de Islas Baleares. La Sentencia dictada por la Sección 3ª en fecha 11 de abril de 2017 resume la doctrina que se ha establecido sobre esta cuestión: "Asiste la razón al demandante cuando sostiene que la instalación en su vehículo de un dispositivo ilegal sí constituye un daño moral, en cuanto generador de zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, de incertidumbre respecto al alcance del fraude, y de inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación a interponer o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor. Teniendo en cuenta todo lo anterior, considera este tribunal que ha de fijarse en 500 Euros la indemnización por el daño moral".

Hay que destacar que esta solución ha sido excepcional y, por el contrario, la Audiencia Provincial de Cantabria ha rechazado expresamente indemnizar por este concepto en sus Sentencias de 22 de enero, 13 de marzo y 10 de abril de 2018 argumentando que contraviene la doctrina del Tribunal Supremo sobre el daño moral. Esta última resolución afirma lo siguiente: "Respecto del daño moral, es también doctrina legal que en términos generales no cabe entenderlo producido cuando el contrato incumplido es de contenido económico y no afecta a bienes de la personalidad como la integridad, la dignidad, la libertad de la persona como bienes básicos de la personalidad o la integridad personal (STS 8 octubre 2013) o, como expresa la STS 10 julio 2012 , "no cabe alegarlo –el daño moral–, si se produce y reclama un perjuicio patrimonial, es decir cuando la lesión incide sobre bienes económicos a modo de derivación de o ampliación del daño patrimonial"; y aunque ocasionalmente el Tribunal Supremo ha admitido la realidad de un daño moral distinto y añadido al patrimonial e indemnizable separadamente de éste, ha sido porque ese daño material ha ido acompañado de una lesión probada en aspectos inmateriales de la vida e incluso causante de especial y relevante quebranto psíquico o espiritual…". Y aplicando lo anterior al caso concreto acaba concluyendo que "es evidente la falta de fundamento de la reclamación en la medida en que trata de obtenerse una indemnización económica a título personal por el daño cau-

sado a intereses generales y difusos, cuya lesión no autoriza sin más a obtenerla pues no se acredita que corresponda con una afección directa de bienes personales; o en la medida en que se pretende no tanto una indemnización de un daño moral sino una sanción o castigo a una conducta fraudulenta o un ilícito administrativo, pues no cabe en nuestro derecho una indemnización "punitiva" ni es función de la indemnización al perjudicado sancionar al autor del daño sino solo compensarlo y repararlo y solo en su misma medida".

También rechaza indemnizar por este concepto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 11 de mayo de 2018 alegando que "la sentencia incurre en incongruencia al valorar circunstancias no alegadas por la parte actora como fundamento de la indemnización solicitada en concepto de daño moral, y las efectivamente alegadas en la demanda no pueden incluirse en el concepto de daño moral expuesto. Por todo ello, procede también la estimación de este motivo de los recursos dejando sin efecto la indemnización concedida en la instancia por daño moral". Finalmente, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 21 de diciembre de 2017 deniega la indemnización porque "el actor ni ha alegado la existencia de un daño moral ni ha articulado prueba para acreditarlo, por lo cual no es posible conceder una indemnización por un daño que ni se ha alegado ni se ha probado".

5) Costas procesales:

Las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales se amparan en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para no imponer a ninguna de las partes condena al pago de costas procesales, al apreciar dudas de hecho y de derecho. El extraordinario casuismo que se encuentra en este tipo de procesos justifica esta decisión moderada, que facilita el acceso a los tribunales de las personas que han adquirido un vehículo afectado.

La imposición de costas generaría un efecto disuasorio, desaconsejable porque no puede pasarse por alto que la existencia de un fraude en los motores es un hecho probado en todas las resoluciones dictadas.