

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

## 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)

**ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La manipulación de los estándares de emisión de gases a través de dispositivos electrónicos instalados en, aproximadamente, 11 millones de automóviles Volkswagen en todo el mundo, conocida como Dieselgate, ha supuesto uno de los mayores escándalos industriales de las últimas décadas. Con referencia a sus consecuencias jurídicas desde el Derecho Civil, la manipulación llevada a cabo por Volkswagen puede dar lugar tanto a reclamaciones contractuales como extracontractuales, y a remedios contra el vendedor y/o contra el fabricante. El examen crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 posibilita analizar temáticas que hoy en día son muy debatidas y difíciles de resolver, tales como el alcance del principio de relatividad de los contratos, los daños morales contractuales y la responsabilidad directa del fabricante no vendedor. Por una parte, respecto a los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento contractual el problema no es ya su admisión sino las condiciones en las que su reparación será procedente. Por otra parte, en la actualidad es muy difícil construir la responsabilidad del fabricante no vendedor por la falta de conformidad del bien debido al principio de la relatividad de los contratos y a los limitados remedios que ofrece la normativa del Derecho Contractual. La decisión del Tribunal Supremo apunta argumentos jurídicos y criterios para solucionar ambas cuestiones.*

**PALABRAS CLAVE**

*Dieselgate, principio de relatividad de los contratos, daño moral contractual, responsabilidad del fabricante no vendedor, falta de conformidad, remedios por el incumplimiento contractual, consumidor.*

## Civil Law Analysis of Dieselgate (Concerning the Judgment of the Supreme Court of July 561/2021, 23th)

**ABSTRACT**

*The manipulation of exhaust emission standards through electronic devices installed in about 11 million Volkswagen cars worldwide, labeled Dieselgate, has given rise to one of the greatest industrial scandals in the last decades. With reference to their legal consequences under Civil Law, the manipulation carried out by Volkswagen may give rise to contract as well as tort law claims and to remedies against the seller and/or the producer. The review of judgment of the Supreme Court of July 561/2021, 23th allows the analysis of issues that are currently highly debated and difficult to solve, such as the scope of the principle of relativity of contracts, non-pecuniary damages in contract law and the direct liability of the non-sending producer. On the one hand, regarding non-pecuniary damages in contract law the problem is not anymore that these kinds of damages are forbidden but the conditions under which their compensation should be done. On the other hand, nowadays it is very difficult to build the non-sending producer's liability for lack of conformity of the good due to the principle of relativity of contracts and to the limited remedies under Contract law. The decision of the Supreme Court points out legal arguments and criteria for solving both subjects.*

**KEYWORDS**

*Dieselgate, Principle of Relativity of Contracts, Non-Pecuniary Damages in Contract Law, Liability of the Non-sending Producer, Lack of Conformity, Remedies for Contractual Non-performance, Consumer.*

**SUMARIO:** I. Notas introductorias.–II. Reflexiones a partir de la STS de 23 de julio de 2021. 1. Hechos. 2. Desestimación de las pretensiones del comprador demandante por parte del JPI y de la AP. 2.1. Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de anulabilidad del contrato. 2.1.1. Anulabilidad por error. 2.1.2. Anulabilidad por dolo. 2.2. Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de resolución por incumplimiento contractual. 2.2.1. Acción de resolución ex artículo 1124 del Código Civil. 2.2.2. Acción de resolución en virtud del TRLGDCU. 3. Argumentos del

Tribunal Supremo por los que sostiene la responsabilidad contractual de la empresa distribuidora. 3.1. Primer argumento: Reiteración de jurisprudencia sobre la responsabilidad contractual del fabricante. 3.1.1. Las acciones por falta de conformidad del TRLGDCU, instrumento carente de utilidad para sustentar la condena del fabricante a la reparación de los daños contractuales. 3.1.2. Modulación del principio de la relatividad de los contratos en la STS de 11 de marzo de 2020, primer pronunciamiento sobre el Dieselgate. 3.1.3. Análisis de las premisas de la STS de 23 de julio de 2021 para la afirmación de la responsabilidad contractual del fabricante. 3.2. Segundo argumento: La responsabilidad contractual del fabricante es extensible a la empresa distribuidora por actos propios. 4. Estudio de una posible alternativa: Responsabilidad extracontractual del fabricante. 4.1. Responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos en virtud del TRLGDCU. 4.2. Responsabilidad extracontractual del fabricante en virtud de la normativa del Código Civil. 4.3. Uso de la fórmula de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento alemán. 5. Condena por el Tribunal Supremo al pago por la distribuidora de una indemnización por el daño moral contractual. 5.1. Marco en el que ha de encuadrarse hoy la polémica acerca de la reparación del daño moral contractual. 5.2. Premisas del Tribunal Supremo en las que basa su decisión de condena a la reparación del daño moral contractual. 5.2.1. Primera premisa: adopción de un concepto de daño moral identificado con la lesión de bienes o derechos de la personalidad. 5.2.2. Segunda premisa: distinción entre contratos con contenido puramente económico y contratos sin dicho contenido. 5.2.3. Tercera premisa: en el incumplimiento de contratos con contenido puramente económico no cabe mantener con carácter general una imputación objetiva de los daños morales al deudor en virtud del criterio del fin de protección de la norma. 5.2.4. Cuarta premisa: en el incumplimiento contractual doloso el artículo 1107.II del Código Civil lleva consigo una ampliación de los criterios de imputación objetiva para determinar los daños objeto de reparación. 5.2.5. Conclusión. 5.3. Criterios para la fijación de la cuantía del daño moral contractual. 5.4. Posible indemnización de los daños materiales sufridos por el consumidor en los casos del Dieselgate.–Bibliografía.

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Se ha señalado que el denominado Dieselgate es un evento sin precedentes, no solo en la industria de los automóviles, sino también en todo el Derecho Privado. El término Dieselgate, aunque no encierra una definición oficial, parece derivar del caso Watergate en EEUU, convirtiéndose en sinónimo de mentira y trampa<sup>1</sup>. La motivación que tiene un civilista para adentrarse en el estudio de

---

<sup>1</sup> En este sentido PEDRAZZI, 2017, p. 113. El Watergate, que tuvo lugar en el año 1972 y dentro del ámbito de la campaña de reelección del Presidente Nixon, fue un plan llevado a cabo por agentes secretos al servicio del citado presidente, consistente en la colocación e intervención de teléfonos en las oficinas del Comité Nacional del Partido

esta temática coincide, sin duda, con las afirmaciones que realiza Carrasco Perera en el sentido de que «(...) *el Dieselgate es probablemente hoy el más apasionante reto que tiene por delante la arquitectura técnica del Derecho de Contratos y del Derecho de Daños. No porque se trate (...) de un asunto de primera magnitud social, sino porque plantea un reto jurídico resistente a ser resuelto con los recursos técnicos disponibles. Es la dificultad técnica lo que atrae del caso*»<sup>2</sup>.

El 22 de septiembre de 2015 Volkswagen AG reconoce de modo público el fraude por ella cometido, que afectaba a 11 millones de vehículos fabricados por el grupo Volkswagen en Europa y en EEUU, desde el año 2008 hasta 2015<sup>3</sup>. Dicho fraude se descubre por causalidad, a través del estudio llevado a cabo por un equipo de investigación de la Universidad de Virginia Occidental en 2013, cuyos resultados presentaron en el congreso anual para expertos en emisiones, celebrado en San Diego a finales de mayo de 2014. En los momentos iniciales nunca se pensó por parte de los descubridores en la existencia de un engaño sino solo en un problema de carácter técnico de cierta importancia sufrido por la empresa fabricante alemana<sup>4</sup>. Tal fraude consistió en la configuración del software del motor de los vehículos de manera tal que las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) en los bancos de pruebas (esto es, permaneciendo el coche parado en laboratorio) se ajustaban perfectamente al límite de emisiones establecido en el Reglamento [CE] n.º 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [Euro 5 y Euro 6] y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos<sup>5</sup>. Luego, sin embargo, en condiciones de conducción

---

Demócrata en Washington, con el fin de espiar a sus rivales políticos. Finalmente concluyó con la primera y, última hasta ahora, dimisión del máximo mandatario de EEUU.

<sup>2</sup> CARRASCO PERERA, 2021, 23/80 (consulta de la versión electrónica de la obra).

<sup>3</sup> Consúltese [http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad\\_hoc\\_US.html](http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad_hoc_US.html) (fecha de consulta: 05/01/2022).

<sup>4</sup> Explica EWING, 2017 (cito por la traducción al castellano de la obra de Ewing, hecha por GONZÁLEZ, 2017, p. 238) que, si en esos momentos iniciales, Volkswagen se hubiera comportado con honestidad y hubiera reconocido su conducta fraudulenta, el perjuicio a la reputación profesional y a la economía de la empresa tal vez hubiera sido menos grave de lo que fue luego. Según parámetros de otros casos similares, la fabricante alemana únicamente hubiera tenido que pagar una multa de cientos de millones de dólares, o tal vez solo de decenas de millones. Se habría llegado, además, a un acuerdo con la Agencia de Protección Ambiental de EEUU para proceder a la revisión de los coches afectados con el fin de que cumplieran la normativa de aire limpio. El público en general no habría sabido nada del problema hasta que se anunciase el acuerdo y la revisión. Pero Volkswagen calló durante largo tiempo para poder obtener el máximo beneficio económico derivado de su conducta fraudulenta.

<sup>5</sup> DO 2007, L 171, p. 1.

real se superaban tales límites legales con un evidente perjuicio para el medio ambiente y la salud de las personas<sup>6</sup>. Gracias al software manipulador de emisiones, Volkswagen consiguió que los vehículos equipados con un motor EA 189 obtuvieran la homologación de tipo prevista por la normativa europea.

El artículo 5.2.a) del citado Reglamento permite, excepcionalmente, el uso de dispositivos que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones cuando la necesidad de tales dispositivos quede justificada como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo<sup>7</sup>. Pero en los vehículos Volkswagen no quedaba justificada la instalación del dispositivo de desactivación por concurrencia de esta causa, de modo que era ilegal al vulnerar la normativa europea<sup>8</sup>.

Aunque el Dieseldgate puede ser analizado desde diversas perspectivas jurídicas, entre otras, como una infracción administrativa por atentado al medio ambiente o daño a la salud pública, o como un acto de publicidad engañosa y práctica desleal, aquí voy a restringirme a estudiar el problema desde los remedios que proporciona la disciplina del Derecho Civil, en especial, a partir del análisis de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021, que resuelve la reclamación individual contra las empresas distribuidora y vendedora, llevada a cabo por el comprador de uno de los vehículos equipados con el software ilegal<sup>9</sup>. Es la segunda sentencia dictada por la Sala de lo Civil en el caso Dieseldgate y, como se verá, se apoya, en buena medida, para establecer la res-

<sup>6</sup> Es verdad que los motores diésel de Volkswagen producían menos dióxido de carbono que los motores de gasolina equivalentes, por lo que contribuían menos al calentamiento global, pero, por el contrario, emitían cantidades mucho mayores de los tóxicos óxidos de nitrógeno (NOx) que los coches de gasolina, así como partículas cancerígenas de hollín muy finas. Véase EWING, 2017, pp. 206-212.

<sup>7</sup> «Estará prohibido el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones. La prohibición no se aplicará cuando: a) la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo (...)».

<sup>8</sup> Por ejemplo, consúltese sobre el carácter ilegal del dispositivo Volkswagen la STJUE de 9 de julio de 2020 C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG* (ECLI:EU:C:2020:534).

<sup>9</sup> RJ 2021/3583 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena). Al lado de las reclamaciones individuales de consumidores también se han iniciado sistemas de litigación colectiva en EEUU, mucho más exitosos que los interpuestos en Europa. Sobre ello extensamente ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 1 ss. El escándalo del Dieseldgate y la necesidad de revisión, ante sus carencias, del marco de la protección colectiva del consumidor europeo están detrás, sin duda, de la aprobación de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Sobre ella véase LÓPEZ JIMÉNEZ, *LL*, 2021. Tal Directiva, que debe ser transpuesta el 25 de diciembre de 2022 para la aplicación de los regímenes nacionales a partir de 25 de junio de 2023, resuelve en sentido afirmativo la cuestión polémica de si las acciones de representación pueden comprender, además de la cesación de prácticas empresariales lesivas, la reparación de los daños causados a un conjunto de consumidores.

ponsabilidad contractual del fabricante por la instalación del software ilegal, que hace extensible a la distribuidora, en la doctrina sentada por su primera sentencia, igualmente de pleno, de 11 de marzo de 2020<sup>10</sup>.

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer una panorámica, bien de la inutilidad, bien de la limitación, de los distintos instrumentos que hoy existen desde la perspectiva jurídico-civil para sustentar la condena de la empresa fabricante a la citada responsabilidad contractual, algunos de ellos puestos de manifiesto a lo largo del iter procedimental y otros, por el contrario, no.

## II. REFLEXIONES A PARTIR DE LA STS DE 23 DE JULIO DE 2021

### 1. HECHOS

Los antecedentes completos del caso se encuentran recogidos en el Fundamento primero de la sentencia.

El 18 de agosto de 2008 el demandante celebró con M. Conde Premium S. L. (concesionario oficial de vehículos de la marca Audi perteneciente al grupo de automoción Volkswagen AG) un contrato de compraventa de un vehículo Audi modelo A3, equipado con un motor diésel tipo EA 189 fabricado por Volkswagen AG. El precio de tal vehículo fue 37.920, 01 euros, y se financió por medio de un préstamo concertado con una determinada entidad financiera. En aquel momento Volkswagen-Audi España (en adelante Vaesa), sociedad participada al 100% por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo, se encargaba de la distribución en España de los vehículos de la fabricante alemana y, a la vez, de los servicios de postventa.

Tras la admisión pública del fraude por Volkswagen AG en 2015, el comprador demandante pudo comprobar, a través de la propia página web de Audi, que su vehículo era uno de los afecta-

<sup>10</sup> RJ 2020/752 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena). CORRAL GARCÍA, *Práctica de Derecho de Daños*, 2021, p. 2, llama la atención sobre la escasa indemnización concedida en sus dos decisiones por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a los dos consumidores individuales demandantes (500 euros por el daño moral), frente al primer pronunciamiento judicial aplicando la legislación mercantil, y a instancia de una asociación de consumidores. Así, la sentencia del Juzgado n. 1 de lo Mercantil de 25 de enero de 2021 estima íntegramente la demanda planteada por la OCU contra Volkswagen España, condenando a ésta a indemnizar a cada consumidor asociado a la OCU (7.543 compradores) con la cantidad de 3.000 euros (1.500 en concepto de daños patrimoniales y 1.500 en concepto de daños morales), al entender que la manipulación del software de medición de gases contaminantes supone un acto de competencia desleal.

dos con la instalación del software ilegal. Asimismo, el adquirente recibe la siguiente carta procedente de Vaesa:

*«Información sobre motores Diésel EA 189.*

*A la atención de: Pedro Jesús.*

*En el marco del seguimiento de la incidencia de los motores Diésel EA 189 y con el compromiso de mantener la máxima transparencia con nuestros clientes, queremos informarle de que su Audi A4 con bastidor NUM000 incorpora el software, al que se ha hecho referencia en las distintas comunicaciones del Grupo Volkswagen.*

*Tenga la tranquilidad de que su Audi es completamente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación. No obstante, su Servicio Oficial deberá implementar en el vehículo la solución técnica que Volkswagen AG ha desarrollado para asegurar así el cumplimiento de los estándares aplicables en relación a las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx).*

*En el caso de los motores 2.0 TDI, como el que monta su vehículo, se requiere actualizar el software de la unidad de control.*

*El esfuerzo de Volkswagen AG está ahora centrado en suministrar progresivamente todas las actualizaciones de software desarrolladas para cada modelo y versión, así como en equipar a la Red de Servicios Oficiales para llevar a cabo dicha intervención. Volkswagen AG estima finalizar este proceso en los próximos meses.*

*Tan pronto como nuestros Servicios Oficiales estén preparados, contactaremos con usted para que pueda solicitar cita previa en el taller para su Audi A4 2'0 TDI. El tiempo estimado de esta intervención será únicamente de media hora. Por supuesto, Volkswagen AG se hará cargo de todos los costes de esta intervención.*

*Permítanos volver a insistir en que su Audi es completamente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación.*

*Queremos trasladarle en nombre de Volkswagen AG sus más sinceras disculpas. El Grupo Volkswagen lleva muchos años dedicado a crear los automóviles más avanzados y seguros para nuestros clientes, por lo que tenga presente que va a hacer todo lo que esté en sus manos para recuperar su confianza y su vínculo con nuestra marca.*

*Esperamos contar con su comprensión.*

*Reciba un cordial saludo,*

*Ignacio.*

*Director de Audi España.»*

En el mes de mayo de 2016 el comprador interpone una demanda de juicio ordinario frente a la vendedora, M. Conde Premium S. L., y frente a Vaesa en calidad de fabricante del vehículo (aunque en realidad era la empresa distribuidora del mismo). Como pretensión princi-

pal el demandante solicita en la demanda la declaración de la nulidad del contrato de compraventa o, alternativamente, la resolución del mismo por incumplimiento y, en uno y otro caso, la condena a la parte demandada al pago de la indemnización de 11.376 euros por los daños morales sufridos y 6.644, 71 euros por los intereses y los gastos de financiación desembolsados por el comprador. Y, como petición subsidiaria, si no es estimada la pretensión de nulidad o de resolución por incumplimiento contractual, la condena a la parte demandada, además de al abono de los aludidos daños morales y gastos de financiación, a reparar los daños y perjuicios causados por la depreciación del valor del vehículo, estimados en la cantidad de 15.020, 12 euros, más los intereses legales pertinentes en cualquiera de los supuestos.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Leganés dicta sentencia, de fecha 5 de junio de 2017, desestimando la demanda frente a la distribuidora Vaesa y frente a la vendedora M. Conde Premium S. L., imponiendo las costas del procedimiento a la parte demandante. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2018<sup>11</sup> confirma la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en alzada. El comprador interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo condena de forma exclusiva a la distribuidora (Vaes), en virtud de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual del Código Civil (en adelante CC), a indemnizar al demandante con la cantidad de quinientos euros (500 €) por el daño moral sufrido.

## 2. DESESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL COMPRADOR DEMANDANTE POR PARTE DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial, desestima la demanda interpuesta por el comprador demandante. Por una parte, sostiene que, al poseer naturaleza contractual todas las acciones ejercitadas en la demanda, Vaesa, en calidad de distribuidora, carece de legitimación pasiva al no haber sido parte en el contrato de compraventa del vehículo, en virtud del principio de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC). Por otra parte, respecto a la vendedora (M. Conde Premium, SL), el tribunal argumenta que no concurren los

<sup>11</sup> JUR 2018/165280 (Ponente: Ilma. Sra. Paloma García de Ceca).

requisitos sustantivos exigidos por la normativa para poder estimar la acción de anulabilidad, la acción de resolución por incumplimiento contractual y la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (tanto morales como patrimoniales). Con posterioridad, el comprador demandante, al formular el recurso de casación contra la distribuidora y la vendedora, abandona las pretensiones ejercitadas en su demanda referentes a la anulabilidad del contrato de compraventa, a la resolución por incumplimiento contractual y a la indemnización de daños patrimoniales, manteniendo de forma exclusiva la pretensión de indemnización de daños morales contractuales.

Tal y como se ha puesto de relieve con carácter general respecto a los casos de publicidad engañosa y, como podrá apreciarse en las páginas que siguen, los remedios del derecho común de obligaciones y contratos ofrecen un margen estrecho y complejo para dar solución a la decepción o a la insatisfacción del consumidor; afirmación, aún si cabe más cierta, si la declaración falsa o inexacta procede de un tercero (anunciante no parte contratante)<sup>12</sup>. Además, tales remedios llevan aparejada la dificultad del cumplimiento de todos los requisitos requeridos tanto legal como jurisprudencialmente para su operatividad<sup>13</sup>. En este epígrafe me limito a analizar, de forma breve, los argumentos sustantivos mantenidos por las sentencias de instancia para desestimar la acción de anulabilidad y la de resolución por incumplimiento contractual frente a la empresa vendedora, posponiendo para los siguientes epígrafes del presente comentario la profundización en el resto de cuestiones que sí se plantean y resuelven en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo. Así, la legitimación pasiva de la distribuidora (Vaesa) y la pretensión de indemnización de los daños morales contractuales. También, por razones lógicas de proximidad material con la reparación de los daños morales contractuales y, aunque no se alude a ellos en el recurso de casación, estudiaré, con posterioridad, la indemnización de los diferentes daños materiales que pueden plantearse en los litigios concernientes al Dieselgate.

## **2.1 Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de anulabilidad del contrato**

Con carácter general puede compartirse la afirmación de que, en estos casos del Dieselgate, no parece oportuno admitir el ejerci-

<sup>12</sup> En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 866.

<sup>13</sup> Así lo entiende CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 511.

cio de acciones que lleven consigo una pretensión de restitución de las prestaciones originales de las partes contratantes, en cuanto el propio fabricante alemán se ofreció (en España, en particular, a través de la carta remitida por la distribuidora Vaesa a los adquirentes afectados) a suprimir la lesión al comprador, causada por el error o el dolo, por la vía de la reparación del coche durante media hora en el taller de los servicios oficiales de su localidad y de forma gratuita, en cuanto la interposición de tales acciones seguramente podría implicar un cierto abuso de derecho<sup>14</sup>.

A mi juicio, como se verá más adelante, la cuestión va estrechamente ligada a la conveniencia de aplicar a este tipo de casos del Dieselgate, antes que los remedios que implican desvinculación o extinción del vínculo contractual, los remedios por falta de conformidad del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), que establece un orden jerárquico dirigido, en primer lugar, al cumplimiento *in natura* de la prestación (reparación o sustitución del bien). Tal forma de cumplimiento parece mucho más adecuada por la naturaleza del interés comercial aquí frustrado. El primer problema para su aplicación se presenta porque en la práctica totalidad de los casos del fraude del software ilegal de Volkswagen las acciones por falta de conformidad del TRLGDCU habían prescrito ya en el momento de la interposición de las demandas.

### 2.1.1 ANULABILIDAD POR ERROR

En los pleitos resueltos sobre el Dieselgate es frecuente solicitar la anulabilidad del contrato de compraventa del vehículo alegando por el comprador demandante tanto el error padecido como el dolo. En estos supuestos nos encontramos ante una hipótesis en la que resulta complicada la delimitación entre el error y el dolo, porque en ellos el comportamiento doloso del fabricante Volkswagen AG provoca el error del adquirente. El error que es originado por el dolo causará ya por sí mismo, y sin necesidad de recurrir al

---

<sup>14</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/92. De la misma opinión PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1184. Sin embargo, el JPI n.º 4 de Manacor en su sentencia 180/2017 de 5 de enero, que anula por error el contrato de compraventa del vehículo, condenando, tanto a Motor Insular, S.L. como a Volkswagen Audi España, SA, a abonar al comprador, con carácter solidario, el precio del automóvil más los intereses legales, y al comprador a la devolución del vehículo a Motor Insular S. L., considera en el fundamento 4.º que «(...) la posibilidad de subsanación de la incidencia mediante una reconfiguración del software en los talleres oficiales resulta irrelevante a los solos efectos del ejercicio de las acciones de anulabilidad y resolución» (LL, n.º 9140, 15/02/2018) (laleydigital.es).

remedio del dolo, la anulabilidad del contrato<sup>15</sup>, siempre que se den, claro, los presupuestos exigidos por el ordenamiento para el éxito de tal pretensión.

En el supuesto objeto de este comentario la argumentación dada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada por la Audiencia Provincial, para desestimar la pretensión de anulabilidad por error como vicio del consentimiento es la siguiente: *«Respecto del fondo del asunto, la pretensión de nulidad del contrato de compraventa, atendida la doctrina jurisprudencial en torno al error como vicio del consentimiento, requiere que dicho error recaiga sobre la sustancia de la cosa, o sobre sus condiciones esenciales que hubieran sido causa principal para contratar, y en el supuesto enjuiciado no está acreditado que el nivel de emisiones en óxido de nitrógeno medido en laboratorio fuera causa relevante de tal adquisición»*.

El planteamiento general que llevan a cabo los consumidores en sus demandas es, por el contrario, que el volumen de emisiones declaradas en el momento de la venta del vehículo fue determinante en orden a tomar la decisión de su compra y que, siendo finalmente el valor de las emisiones distinto a aquel que se les prometió cuando adquirieron el vehículo, incurrieron en error como vicio del consentimiento. La argumentación de las dos primeras instancias en nuestro caso, ya apuntada en el párrafo anterior, alude a uno solo de los requisitos exigidos para que el error permita a uno de los contratantes desvincularse del contrato. En particular, al de la esencialidad del error recogido en el artículo 1266 CC, de modo que este precepto señala, en caso de que el error se refiera al objeto del contrato, que el mismo recaiga *«sobre la sustancia de la cosa (...) o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo»*, es decir, a que el error posea cierta magnitud o importancia<sup>16</sup>.

Los pronunciamientos judiciales que han resuelto litigios del Dieselgate han considerado, de forma prácticamente unánime, que no se cumple el requisito de que el error sea jurídicamente relevante, en la medida en que no suele acreditarse que el demandante

<sup>15</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1991, p. 148 § 195.

<sup>16</sup> Como es conocido, doctrina y jurisprudencia coinciden en requerir, aunque no venga recogido de forma expresa en la normativa reguladora del error del CC, en que, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, ha de ser excusable (además de esencial). Explica MORALES MORENO, «Artículo 1266 CC», 1993, p. 463, que la jurisprudencia exige al que sufre el error que cumpla la diligencia media o regular, pero también tiene en cuenta la conducta desarrollada por la otra parte contratante. A su juicio, si el otro contratante provocó dolosamente el error, ello va a tener una repercusión evidente en el nivel de diligencia respecto a la víctima del error. En todo caso no hay duda de que en los pleitos relativos al Dieselgate el error de los compradores es excusable.

tenga especial preocupación por el medio ambiente o que sea un ecologista activo y que, por tanto, este haya sido el motivo determinante en su adquisición. A ello añaden la argumentación de que no hay gran diferencia en el volumen de emisiones contaminantes de los vehículos afectados respecto a otros de su misma gama y que, además, el vehículo es apto para el fin principal perseguido al contratar (la circulación)<sup>17</sup>. Ejemplificativa en este sentido es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 11.<sup>a</sup>) núm. 289/2017 de 31 de julio<sup>18</sup>. El comprador adquiere un vehículo Tiguan Cross 2.0 de la marca Volkswagen, en cuyo folleto, en su edición de febrero de 2013, se incluyen sus características y especificaciones, entre ellas las relativas al exterior (llantas, motor, interior, tren de rodaje, caja de cambios, seguridad, multimedia, confort) y, en lo que aquí interesa, la consignada como «BlueMotion Technology», que es descrita en varios puntos. En uno de ellos, y bajo la rúbrica «Reduce. BlueMotion Technologies», se hace constar que en Volkswagen la tecnología más eficiente posee un nombre propio («BlueMotion Technologies») con un claro propósito: la minimización de las emisiones de CO<sub>2</sub>. Para este objetivo –se explica– la fabricante alemana explora distintas tecnologías y combustibles destinados a conseguir la máxima eficiencia, disminuir progresivamente el uso del petróleo y reducir notablemente las emisiones de CO<sub>2</sub>.

Hay, además, en el folleto un segundo punto, con el rótulo de «Compensa. Programa Neutral CO<sub>2</sub>», y tras hacerse referencia a un proyecto de la ONU llamado «Plantemos para el Planeta», incluye a pie de página una aclaración detallada sobre los bosques «Think blue», que concretan el compromiso de la fabricante alemana con el medio ambiente, situados en dos concretas zonas de España destruidas por la aridez y erosión a raíz del cambio climático, en las que se plantan árboles incluidos en las diferentes iniciativas de dicho programa Neutral CO<sub>2</sub>, pasando a describir, a continuación, dicho programa. Volkswagen ofrece a través de este último varias iniciativas para neutralizar el CO<sub>2</sub> que se emite al circular y conseguir así una movilidad sostenible. El folleto acaba señalando: «La sostenibilidad, un objetivo prioritario».

El fundamento 4.º de la citada sentencia desestima la pretensión de nulidad relativa del contrato de compraventa por la alegación del error como representación mental equivocada que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato. Entiende

<sup>17</sup> En este sentido también CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 8.

<sup>18</sup> AC 2017/1414 (Ponente: Ilma. Sra. Susana Catalán Muedra).

que para tal anulación ha de haberse probado que el error es esencial, en el sentido de proyectarse sobre aquellos presupuestos –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Ahora bien, explica que si dichos motivos o móviles no pasaron de meramente internos, en cuanto propios de uno de los contratantes, o, dicho de otra forma, no se objetivaron elevándose a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento<sup>19</sup>.

Alega en su demanda el adquirente que optó por la compra del vehículo comercializado por la demandada considerando, precisamente, que el vehículo era respetuoso con el medio ambiente y que él llegó a pagar hasta 6.000 euros más atendiendo al precio que tienen otros vehículos de similar clase. Desde luego parece claro que la apreciación del carácter esencial del error ha de determinarse en función de cada contrato, y que ello implica una tarea de interpretación acerca de qué elementos fácticos pueden estimarse incorporados al contrato y cuáles reúnen el requisito de esencialidad<sup>20</sup>. Para el desarrollo de esta tarea interpretativa, y dentro de los elementos objetivos a considerar, el principio de la buena fe exige que las afirmaciones publicitarias (muy claras en este caso judicial concreto en relación con la adecuación del coche fabricado por Volkswagen para la sostenibilidad al medio ambiente) sean tomadas en consideración, incluso aunque no consten expresamente en el contrato, con tal de que tales afirmaciones hayan podido influir razonablemente en el comprador del vehículo<sup>21</sup>. Si un comprador adquiere un coche que se le ofrece como ecológico en la publicidad, pagando un precio más elevado en correspondencia con dicha cualidad, y luego al final el coche resulta que no posee este carácter

<sup>19</sup> La tesis más correcta para comprender hoy la esencialidad del error no ha de ser tanto la que considera el error como un problema exclusivo del contratante que lo sufre (es decir, basta con que el error sobre una cualidad sea de importancia decisiva para la celebración del negocio para dicho contratante, sin necesidad de que se lo haya transmitido a la otra parte) sino aquella que estima que, además, el error en sí mismo ha de constituir la base del negocio. Como señala FENOY PICÓN, *ADC*, 2017, p. 646, el primer autor que se aleja de la tesis subjetiva a la hora de interpretar la esencialidad del error es DE CASTRO Y BRAVO (1991, p. 11). El error ha de incidir, pues, en lo que MORALES MORENO (1988, pp. 199 ss) denomina las presuposiciones del contrato, concernientes al objeto o a la persona del otro contratante, es decir, en la realidad tomada en cuenta en el contrato, de modo expreso o implícito, para establecer la organización contractual de intereses. Las presuposiciones incorporan al contrato ciertos motivos relevantes de los contratantes y su falta de presencia impide alcanzar el resultado concreto que el negocio perseguía. No pueden confundirse las percepciones de la realidad que se haga cada uno de los contratantes con las presuposiciones del contrato, de modo que aquellas no tendrán relevancia si no se han incorporado al contrato como presuposición.

<sup>20</sup> En este sentido MORALES MORENO, 1988, p. 204.

<sup>21</sup> Al respecto y con carácter general MORALES MORENO, 1988, p. 207.

ecológico, que ha sido precisamente el que ha conducido al comprador a decidirse por ese vehículo, el error sí ha podido adquirir significación jurídica en la medida en que constituye una presuposición del contrato<sup>22</sup>.

Otra cosa distinta será que no se estime probado en cada caso concreto que la cualidad de ecológico del vehículo sea la causa determinante para su adquisición. En este sentido, según la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, no queda acreditado el superior valor del vehículo respecto de otros, ni que ese mayor precio se deba a esa concreta característica del respeto medioambiental y no a las restantes que incluye el folleto, tales como los aspectos interior o exterior, el tren de rodaje, la caja de cambios, el sistema multimedia o los dispositivos de seguridad que equipan el coche. Tampoco resulta probado que el carácter ecológico del vehículo sea determinante de la compraventa acudiendo al mecanismo de las presunciones, por cuanto se ofertaba un programa «Neutral CO<sub>2</sub>» que no fue suscrito por la parte demandante, limitándose a acogerse a un programa opcional de coste cero (1 árbol de serie para los bosques «Think Blue» y cuidado como mínimo durante 30 años). Tampoco se prueba la adopción por el comprador de alguna medida tendente a evitar esas superiores emisiones al medio ambiente una vez fueron por él conocidas, con perjuicio para su salud, la de su familia y la de terceros.

En cualquier caso, señala el tribunal, el vehículo sigue produciendo emisiones inferiores a dos tercios respecto de los vehículos que componen el parque móvil, por lo que, aun cuando se considerara elemento esencial del consentimiento emitido por el actor el carácter respetuoso del vehículo con el medio ambiente, dicha característica la cumple, por lo que en el consentimiento prestado por la actora al tiempo de perfeccionarse el contrato no cabe concluir representación errónea alguna<sup>23</sup>.

Se ha considerado un acierto la decisión prácticamente unánime de los tribunales españoles en las sentencias que resuelven los casos de Dieselgate de entender, con carácter general, que la conciencia medioambiental no constituye un elemento determinante

---

<sup>22</sup> Sobre el problema más complejo de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato y la responsabilidad del vendedor a raíz de las faltas de conformidad del bien que tienen su origen en la publicidad de un tercero (por ejemplo, fabricante) a la luz del TRLGDCU profundizaré más adelante en el presente trabajo. El vendedor será responsable en principio de la falta de conformidad del bien respecto de las declaraciones públicas hechas por el productor.

<sup>23</sup> En similar sentido se pronuncian las SSAP de Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio (JUR 2019\249875, Ponente: Ilmo. Sr. D Ramón Fernando Rodríguez Jackson), Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril (AC 2017/794, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) e Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre (JUR 2017\290025, Ponente: Ilma. Sra. Covadonga Sola Ruiz).

en la contratación dentro del sector automovilístico<sup>24</sup>. Pero esta conclusión no parece tan adecuada, sin embargo, para aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», en la medida en que el adquirente del vehículo no solo quiere un coche sino que la opción por él elegida fue la que respetaba el medio ambiente, incluso pagando más por ello<sup>25</sup>. Desde otra perspectiva distinta se ha entendido por la doctrina alemana<sup>26</sup> que un comprador ordinario que adquiere un coche creyendo que este cumple con la normativa comunitaria relativa al estándar de emisiones contaminantes ha sufrido de forma indubitada un error en este extremo en virtud del §119 (2) BGB. Según este párrafo, como error sobre el contenido de la declaración vale también el error sobre aquellas cualidades de la persona o del bien que en el tráfico se estiman como esenciales<sup>27</sup>. No obstante, en la práctica no cabría una demanda por este cauce en el ordenamiento alemán en la medida en que la acción de anulabilidad por error estaría excluida cuando existe, a la vez, una responsabilidad por falta de conformidad del bien, circunstancia esta que caracteriza, a mi juicio, este tipo de pleitos relativos al Dieselgate<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1182.

<sup>25</sup> En un artículo recientemente publicado, basado en el estudio «Go Electric» elaborado por Ford, se estima que el 40% de los españoles considera un factor determinante la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo, cifra que se incrementa considerablemente en el segmento de edad situado entre los 18 y los 24 años (se eleva al 73%) y entre los mayores de 55 (el 89% ya lo considera un factor a tener en cuenta) (consúltese tal estudio en «El 40% de los españoles considera la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo», *LL*, 2/11/2021). No obstante, la SAP Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera), que desestima la pretensión de anulabilidad por error del comprador, señala que la creciente sensibilidad ecológica no puede llevar a desconocer que una gran parte de los consumidores compradores de vehículos lo hacen por la relación calidad-precio, es decir, por la relación de las prestaciones del vehículo con el precio del mismo, y que la mayor o menor emisión de gases contaminantes es un factor secundario o irrelevante en su compra. Parece que no hay prueba de que el comprador, en este litigio concreto, estuviera especialmente sensibilizado por el tema ecológico y que, por tanto, la emisión de gases contaminantes haya podido ser un factor relevante y decisivo en su decisión de adquirir el coche.

<sup>26</sup> SCHMID, 2017, p. 35.

<sup>27</sup> §119 (2) BGB: «Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden». Este precepto es reflejo del pensamiento de *Savigny* y de su intento de reelaborar el concepto romano de error «in substantia». En su concepción los criterios del tráfico van a constituir la medida para determinar el carácter esencial del error. Véase MORALES MORENO, 1988, pp. 194-196. Explica este autor la insatisfacción que este criterio supone al considerar un error esencial el que solo se refiera a cualidades significativas en el tráfico, pero sin que exista ninguna clase de vínculo exteriorizado y objetivo entre esas cualidades y el contrato. Ahora bien, el hecho de que no sea útil esta concepción del derecho alemán para el ordenamiento español no significa en absoluto, a su juicio, que no haya de otorgarse a los criterios del tráfico un determinado valor en la prueba del error.

<sup>28</sup> En cuanto al derecho alemán en este extremo véase la nota de Derecho Comparado de los artículos 4:119 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL) (LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 285) y del II-7:216 del *Draft Common Frame of Reference*

### 2.1.2 ANULABILIDAD POR DOLO

La argumentación del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada por la Audiencia Provincial, para desestimar la pretensión de anulabilidad por dolo como vicio del consentimiento planteada por el comprador demandante se desdobra en dos afirmaciones: «(...) *La concurrencia de dolo o engaño en relación con el artículo 1269 CC exigiría que la maquinación insidiosa induzca a contratar, y de nuevo no queda probado que el actor adquiriese el vehículo persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno. Tampoco se ha practicado prueba de que la demandada tuviera conocimiento de la instalación en el vehículo de un software que alteraba los datos de emisiones contaminantes en el banco de pruebas, todo ello recordando la doctrina jurisprudencial que obliga a evaluar la concurrencia de dolo con extraordinaria cautela*».

(en adelante DCFR) (véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 535). En nuestro ordenamiento, en relación con la cuestión de la compatibilidad entre las acciones por falta de conformidad previstas en el TRLGDCU y la acción de anulabilidad por error, ha sostenido FENOY PICÓN, 2006, pp. 245-249, refiriéndose a la antigua Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo de 2003, que los remedios que proporciona la legislación del consumidor son más numerosos y flexibles que el remedio previsto para el error sobre las cualidades del objeto (art. 1266 CC). En este último caso el ordenamiento prevé la desvinculación inmediata del contrato (arts. 1265 y 1300 CC) siempre que se den determinados requisitos, de modo que si el consumidor elige ejercitar, en primer lugar, la anulabilidad alegando tal vicio del consentimiento se estaría impidiendo la jerarquía de remedios establecida en la legislación del consumo, que apuesta preferentemente por el cumplimiento en forma específica y, por tanto, por la conservación del contrato. Así, da preferencia a la sustitución del bien o a la reparación del mismo antes que a la reducción del precio y a la resolución. A juicio de esta autora, ha de valorarse si ha de prevalecer el interés particular del consumidor (pudiendo elegir entre plantear la demanda por el cauce de la anulabilidad por error o por la vía de la legislación de consumidores) o bien el interés del legislador en ofrecer una solución global al problema de los defectos o falta de cualidades en el bien con la fijación de un conjunto de remedios en cadena. Con anterioridad a la citada autora ya sostiene MORALES MORENO, ADC, 2003, p. 1626, que, aunque teóricamente pueda ser deseable que los remedios del incumplimiento excluyan la aplicación del error, ante el silencio sobre esta cuestión concreta por parte del legislador no hay en el ordenamiento jurídico español, en su opinión, una base suficiente para sostener la incompatibilidad. Respecto a esta cuestión los textos del futuro Derecho Europeo de Contratos mantienen tesis distintas. Por una parte, el artículo 3.2.4 de la versión de 2016 de los Principios *Unidroit* de los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante PICC) mantiene la incompatibilidad entre una vía y otra («*Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento*») (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>) (fecha de consulta: 05/01/2022). Por el contrario, el artículo 4:119 PECL apuesta por la tesis favorable a la compatibilidad entre los remedios del capítulo 4, en los cuales se regula el error, y los remedios del incumplimiento («*A party which is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy*»). Consúltese LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 285. En igual sentido se pronuncia el artículo II.-7: 216 DCFR; véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 534.

En relación con la segunda afirmación hecha por el tribunal y, de acuerdo con el artículo 1269 CC, para poder anular el contrato el dolo ha de proceder, como regla general, de una de las partes contratantes, no de un tercero, teniendo ello su razón de ser en el respeto a la seguridad del tráfico<sup>29</sup>. El acto fraudulento de la instalación del software es realizado por la fabricante alemana, que es un tercero respecto al contrato de compraventa. El vendedor no forma parte del grupo de empresas de Volkswagen, de modo que solo excepcionalmente serían imputables a aquel los actos fraudulentos de la fabricante si hubiera conocido su actuación fraudulenta o hubiera debido conocerla<sup>30</sup>. Esta última circunstancia parece bastante impensable en la medida en que la manipulación se mantuvo en secreto y no es nada claro ni siquiera que el jefe ejecutivo de Volkswagen AG, Martin Winterkorn, estuviera informado completamente de la misma<sup>31</sup>.

Ya en relación con la primera afirmación mantenida por el Juzgado de Primera Instancia y corroborada por la Audiencia Provincial, el artículo 1270 CC exige, además, que el dolo sea grave para que pueda anularse el contrato. Esto significa que el dolo ha de haber sido causalmente relevante, es decir, debe poseer suficiencia causal para conducir la voluntad de la parte contratante<sup>32</sup>. En las sentencias sobre el Dieselgate suele alegarse por el demandante su conciencia medioambiental como motivo principal que le lleva a la

<sup>29</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1991, p. 154, señala que tal conclusión se basa en el antecedente del artículo 1269 CC en el Proyecto de 1851, en el tenor literal del propio artículo 1269 CC («de parte de uno de los contratantes») y en la interpretación a contrario del artículo 1268 CC (que, al referirse a la nulidad relativa por violencia y por intimidación, afirma: «aunque se hayan empleado por un tercero»).

<sup>30</sup> En la mayoría de los Códigos Civiles europeos solo el dolo procedente del otro contratante permite anular el contrato, no el dolo de tercero. Tanto los PECL como el DCFR, al definir el dolo, igualmente exigen que proceda del otro contratante (4: 107 PECL y II.-7:205 (1) DCFR). Pero hay ciertas excepciones en los artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, los cuales regulan cuándo son imputables a un contratante los actos de un tercero de cara a poder ejercitar los remedios por los vicios del consentimiento, comprendiendo entre tales excepciones si la parte contratante conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes de tal tercero (consúltese LANDO/BEALE (ed), 2000, pp. 271-273 y STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, pp. 515-516). En la Propuesta de Modernización del Código Civil de la sección de lo civil de la Comisión General de Codificación en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante PMCC) se incluye ya una previsión similar en el artículo 1302: «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido causados o provocados por un tercero en cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, BMJ, 2009, p. 63). Por su parte, el artículo 527-10.1 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PCC) afirma que «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido vicio causado por un tercero cuando: c) La contraparte conozca o deba haber tenido conocimiento del vicio causado por aquel» (tal propuesta publicada en Tecnos, Madrid, 2018, p. 689).

<sup>31</sup> SCHMID, 2017, p. 34.

<sup>32</sup> Por todos Díez-PICAZO, 2007, p. 199.

celebración del contrato, pero los tribunales españoles consideran que tal conciencia medioambiental del adquirente del vehículo no es un elemento determinante para la contratación, ni siquiera, como hemos visto ya, en aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», estimando, además, que la publicidad se refiere al nivel de emisiones de CO<sub>2</sub> pero no de NOx.

Así, a título ejemplificativo, se pronuncian la ya citada AP Burgos (sección 2.<sup>a</sup>) en su sentencia núm. 304/2018 de 18 de septiembre, o la AP de Lleida (sección 2.<sup>a</sup>) en su sentencia núm. 354/2019 de 2 de julio<sup>33</sup>. En esta última el demandante presenta, como prueba de que el perfil ecológico del coche es la causa de su adquisición, el proyecto de su vivienda acorde con el medio ambiente, a lo que añade el hecho de que el vehículo adquirido es el del nivel contaminante más bajo en el mercado. La Audiencia Provincial, sin embargo, está conforme con el planteamiento del Juzgado de Primera Instancia, que entiende que no cabe anular el contrato por dolo ya que los documentos aportados carecen de la entidad y relevancia necesarias para acreditar que el actor no habría adquirido el vehículo, o se habría decidido por otra marca o modelo distinto, en caso de haber conocido que el vehículo objeto del contrato de compraventa tenía instalado un dispositivo que modificaba el nivel de emisiones de gases cuando estaba siendo objeto de pruebas de medición en el laboratorio.

## 2.2 Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de resolución por incumplimiento contractual

### 2.2.1 ACCIÓN DE RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

En cuanto a la acción de resolución por incumplimiento contractual, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia analiza, en primer lugar, el éxito de dicha acción frente a la vendedora por el cauce del artículo 1124 CC. En segundo lugar, se refiere al remedio de la resolución en virtud del TRLGDCU.

¿Qué es lo que mueve a los adquirentes de los vehículos con el software ilegal instalado a ejercer la acción resolutoria? Se ha señalado que, seguramente, muchos conductores ven en el escándalo descubierto una buena oportunidad de renovar su vehículo,

<sup>33</sup> AC 2019/1119. Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

solicitando, con el ejercicio de esta acción, la restitución recíproca de las prestaciones. Esto es, los compradores devolverían el coche a la parte vendedora y a ellos se les reembolsaría el precio pagado, junto, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo así de esta manera comprar un nuevo vehículo<sup>34</sup>.

Las consideraciones que hace la sentencia de primera instancia para desestimar la pretensión de resolución contractual del artículo 1124 CC son las siguientes: «(...) *su éxito requiere un incumplimiento contractual relevante, con trascendencia resolutoria. (...) En relación con el supuesto enjuiciado, no se ha acreditado, ex art. 217 LEC, que el funcionamiento anómalo del vehículo al ser sometido a pruebas de emisiones en laboratorio pueda ser calificado como factor frustrante de lo que se busca al comprar un automóvil, ni que el vehículo presente problemas graves que afecten a su conducción o a su seguridad, especialmente considerando que, adquirido en el año 2008, ha sido acreditado pericialmente un comportamiento normal desde aquel entonces en materia de emisiones. El vehículo es apto para la circulación. Ni las autoridades competentes españolas, ni las europeas, han acordado la retirada de circulación de esos vehículos, que no resultan más contaminantes en sus emisiones de óxido de nitrógeno que otros de la misma gama (...)*».

Parece, pues, que no logra acreditarse que el software afecte a la conducción segura y a las prestaciones y potencia del vehículo, ni tampoco ha supuesto la revocación o la anulación de la homologación ni restricciones en su circulación. Este mismo planteamiento es compartido, con afirmaciones más o menos idénticas, por otras sentencias que han resuelto casos análogos del Dieseltgate<sup>35</sup>. Tales sentencias utilizan distintas expresiones para sostener que no está justificada la resolución; así, sin afán exhaustivo, señalan que no se está ante un incumplimiento grave, que el incumplimiento no es esencial, que el vehículo resulta hábil para su fin, que no se han visto malogradas las legítimas expectativas y aspiraciones del demandante o que no hay frustración del fin del contrato o entrega

<sup>34</sup> En este sentido GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 1.

<sup>35</sup> SSAP de Barcelona (sección 1.ª) núm. 11/2019 de 21 de enero (AC 2019/51. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Isabel Adela García de la Torre Fernández); Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio; Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero (AC 2018/195. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera); Salamanca (sección 1.ª) núm. 38/2018 de 9 de febrero (AC 2018/427. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo); Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera); Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril; Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre y Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre (JUR 2018/30442. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas).

de cosa distinta<sup>36</sup>. La doctrina comparte la misma conclusión a la que han llegado las sentencias de instancia<sup>37</sup>.

## 2.2.2 ACCIÓN DE RESOLUCIÓN EN VIRTUD DEL TRLGDCU

Las demandas en general en los litigios del Dieselgate no se han fundamentado, salvo alguna excepción aislada, en la normativa reguladora de los remedios por falta de conformidad previstos en los artículos 114 ss TRLGDCU, preceptos vigentes en el momento temporal de los hechos de la sentencia. Posteriormente han sido

<sup>36</sup> La variedad de expresiones utilizadas en las sentencias de instancia para justificar la no procedencia de la acción de resolución contractual no es sino un reflejo de las distintas fórmulas usadas por la jurisprudencia para expresar la idea de que la resolución solo cabe ante un incumplimiento importante o significativo. Una de las causas de la variedad terminológica y de las diversas interpretaciones sobre los requisitos que han de concurrir para que juegue la resolución parece radicar en que el propio artículo 1124 CC se limita a señalar, como presupuesto para el ejercicio de esta acción, que una de las partes contratantes no cumpliera la obligación que tiene a su cargo. Por tanto, este precepto no proporciona una definición del incumplimiento que permita a una de las partes contratantes el ejercicio de la acción resolutoria. Señala SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, pp. 1697-1698, que, aunque en algunas ocasiones el Tribunal Supremo se ha referido a incumplimiento «grave», en los últimos años ha optado por usar otros términos con una connotación más objetiva y no tan vinculados a una connotación subjetiva como la que apunta el concepto de «gravidad». Así, entre esas connotaciones más objetivas se alude al cumplimiento esencial para los casos de incumplimientos totales y definitivos, en los que el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para la satisfacción del interés del acreedor. Y para los otros supuestos de incumplimientos, como el mero retraso, el cumplimiento parcial o defectuoso, el tribunal emplea fórmulas varias para subrayar la importancia del incumplimiento: concurrencia de un incumplimiento «propio y verdadero», «esencial», «de importancia y trascendencia para la economía del contrato», o que este implique «falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato», «la frustración del fin práctico perseguido», «la frustración de un interés legítimamente atendible», etc. Hoy tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en la exigencia de la esencialidad del incumplimiento para el ejercicio de la acción resolutoria (sobre la noción de incumplimiento esencial véase DAMIÁN MORENO, *RJUAM*, 2015, pp. 29 ss). Aunque la esencialidad no viene exigida en el tenor literal del artículo 1124 CC, las razones por las que la jurisprudencia requiere dicho requisito son, entre otras, el *favor debitoris*, la protección de la conservación del contrato o el impedir que el acreedor especule con la resolución ante la variación de los precios del mercado (en este último sentido FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1575). La esencialidad se recoge ya en el párrafo 1.º del artículo 1199 PMCC: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 34). En la misma línea se hallan los textos internacionales del moderno Derecho de Contratos, que admiten el remedio de la resolución ante la concurrencia de un incumplimiento importante o esencial [arts. 49 (1) (a) y 64 (1) (a) de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) ([www.unilex.info/instrument/cisg](http://www.unilex.info/instrument/cisg)), 7.3.1. (1) PICC ([www.unilex.info/principles/text](http://www.unilex.info/principles/text)), 9:301 (1) PECL (LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 409) y III.-3: 502 (1) DCFR (STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 852). SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, p. 1708, señala que la PMCC, a diferencia de los mencionados textos de carácter internacional, no incluye una definición del incumplimiento esencial, habiéndose debido, a su juicio, fijar algunos requisitos que deban concurrir en el incumplimiento resolutorio para determinar cuándo nos hallamos ante un incumplimiento de este tipo.

<sup>37</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/93 y PLANA ARNALDOS, 2021, pp. 1182-1183.

modificados por el Real Decreto-Ley 7/2021 de 27 de abril (en adelante RDL 7/2021) <sup>38</sup>. La razón, sin duda, se encuentra en que las acciones para reclamar estos remedios ya habían prescrito al tiempo de la interposición de las demandas<sup>39</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial del caso objeto de este comentario señala que, aunque no se hayan explicitado en la demanda por parte del comprador los citados preceptos del TRLGDCU, sí que hace referencia a los mismos en la fundamentación jurídica de dicha demanda. En cualquier caso, sostiene este tribunal que dichas acciones estarían extinguidas, pues a la luz del artículo 123.1 TRLGDCU el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega del bien. Es decir, más allá de este plazo el riesgo de falta de conformidad lo soportará el comprador, aunque dicha falta sea preexistente a la entrega del bien y desconocida por el consumidor (como sucede en el caso de la sentencia comentada). A ello ha de añadirse que, a tenor del párrafo 4.º del citado precepto, las acciones para reclamar los remedios por falta de conformidad prescribirán a los tres años desde la entrega del producto<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Dicha norma, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022 (salvo los artículos 126 y 126 bis relativos a contratos de servicios digitales) y que modifica el TRLGDCU, ha transpuesto las Directivas (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. Ambas Directivas incluyen normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes, en especial, normas sobre la conformidad con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras. Dadas estas características comunes, se ha elegido integrarlas de modo conjunto en el RDL 7/2021 para evitar reiteraciones, manteniendo los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán de modo indistinto a todas las situaciones que no exijan diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada. CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, pp. 10 y 24, explica que la opción de refundir ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU encierra una adecuada opción de economía legislativa, pero que, a su juicio, conviene revisar algunos enfoques que se han producido.

<sup>39</sup> Un ejemplo entre otros muchos es la SAP de Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre. Este mismo problema parece haberse dado también en el ordenamiento alemán. Señala SCHMID, 2017, p. 44, que los breves periodos de prescripción de los remedios contractuales por defectos del bien han conducido a la desestimación de muchas reclamaciones en su país.

<sup>40</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123 TRLGDCU», 2015, p. 1779, criticaba la fijación de un plazo único de garantía o manifestación del defecto de 2 años como regla general para todos los bienes de consumo, y lo consideraba breve cuando se trata de bienes de naturaleza duradera, como electrodomésticos o vehículos. Desde el punto de vista teórico el plazo de garantía de un bien debería guardar relación directa con el periodo de vida del mismo, y ello varía en función de la clase de bien. Tras la redacción dada por el RDL 7/2021, el nuevo artículo 120.1 TRLGDCU señala, en cuanto a lo que interesa para nuestro caso particular, que el empresario, en el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, será responsable de las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega o del suministro y que se manifiesten, en el caso de los bienes, en un plazo de tres

Cabe preguntarse si puede hablarse realmente en estos supuestos del Dieselgate de la existencia de una falta de conformidad. Así, aunque el concepto de falta de conformidad no incluye los denominados vicios jurídicos o presencia en el bien de derechos de tercero que no se justifican según el contrato, se ha señalado que no hay inconveniente en admitir que en algunos casos la falta de conformidad del bien pueda proceder de la no adecuación del bien a las exigencias de una norma jurídica<sup>41</sup>. Desde luego aquí resulta claro que en el automóvil hay instalado un dispositivo que no es conforme con la normativa comunitaria, esto es, con el Reglamento [CE] n.º 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [Euro 5 y Euro 6].

Así, puesto que el consumidor medio puede esperar que se cumplan los requisitos reglamentarios existentes sobre el estándar de emisiones preciso para la homologación del vehículo, el adquirido en nuestro caso no es conforme al contrato de compraventa. En este sentido es interesante la justificación que hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 4.ª) núm. 77/2020 de 2 de marzo<sup>42</sup> en cuanto señala que «(...) *La instalación de un software desarrollado por la recurrente que enmascara las emisiones de gases NOx cuando el vehículo es objeto de análisis en una instalación preparada para ello supone falta de conformidad del mismo, porque todo adquirente de un automóvil tiene derecho a esperar que el mismo desvele en las pruebas técnicas que se le realicen el resultado real de emisión de gases, dada la nocividad de tales emisiones para el medio ambiente, la eficacia para su control que debe esperarse del resultado de esas pruebas y además porque no hay indicios de que al comprador se le haya informado antes de adquirir el automóvil sobre la existencia de ese programa informático y de sus efectos sobre el automóvil*»<sup>43</sup>.

años desde la entrega. En cuanto al plazo de prescripción de la acción, el nuevo artículo 124 TRLGDCU señala que la acción para reclamar el cumplimiento prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad. Sin duda la reforma ha supuesto en este extremo concreto un refuerzo de la tutela del consumidor al haber ampliado temporalmente tanto el plazo de manifestación de las faltas de conformidad como los plazos de prescripción de las acciones correctoras.

<sup>41</sup> Así MORALES MORENO, 2006, p. 170. Este autor cita en este sentido, como faltas de conformidad, los ejemplos del nivel de ruido de una máquina que traspasa los límites permitidos o el automóvil que supera el nivel de contaminación. Sobre la responsabilidad por defectos jurídicos, en la que aquí no se va a entrar, puede consultarse MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, pp. 401 ss.

<sup>42</sup> JUR 2020/151670. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

<sup>43</sup> Así lo entienden también las SSAP de las Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 29/2018 de 25 de enero (JUR 2018\69329. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) y de

A ello ha de añadirse un argumento que desarrollaré más adelante en el presente comentario: la promoción de los vehículos equipados con el motor manipulado se lleva a cabo mediante la difusión de una publicidad en la que consta determinado volumen de emisiones contaminantes que, finalmente, no se corresponden con la realidad. De acuerdo con lo previsto en el artículo 61.2 TRLGDCU (que se mantiene inalterado en su redacción tras el RDL 7/2021), el contenido de la oferta, promoción o publicidad se integra en el contrato, aunque no conste explícitamente en este, y ello será tomado en consideración para la determinación de la conformidad del bien con el contrato. Y según lo señalado en el tenor literal anterior del artículo 116.1.d) TRLGDCU, los productos son conformes al contrato siempre que «(...) *presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechos por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado (...)*». Aquí hay un engaño respecto al volumen de emisiones que consta en las características del vehículo según las declaraciones públicas llevadas a cabo por el fabricante alemán. El comprador podía confiar en que el bien poseía tales características y, por tanto, existe falta de conformidad, aunque el bien continúe sirviendo a la finalidad para la que se adquiere por el comprador<sup>44</sup>.

La reclamación en virtud de las acciones por falta de conformidad reguladas en los antiguos artículos 118 ss TRLGDCU hubiera constituido una buena elección para el comprador demandante en nuestro caso si no hubieran prescrito ya. Tales acciones deben entabarse en un determinado orden jerárquico (sustitución y reparación del bien primero, reducción del precio o resolución después) contra el vendedor, en cuanto este responde por la sola existencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega del bien, aunque esta no le sea imputable por mala fe ni por culpa, como suele ocurrir en los casos del Dieselgate. La adopción por el legislador de este esquema de responsabilidad contractual objetiva se encuentra perfectamente justificada en cuanto el vendedor ha de responder, no porque tenga un comportamiento reprochable al

Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 158/2018 de 13 de marzo (AC 2018/443. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar).

<sup>44</sup> En este sentido CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, 2016, pp. 9-10. A favor también de considerar que hay falta de conformidad PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1183. Igual argumentación se afirma en el ordenamiento alemán y, en particular, con base en el § 434.1 (1) BGB (véase SCHMID, 2017, p. 36). Tras la implementación de la Directiva 2019/771 es sustituido por el nuevo § 434.3 (2).

conocer la existencia de la falta de conformidad o al desconocerla por falta de diligencia, sino porque el comprador no ha visto satisfecho su interés, jurídicamente tutelado, de recibir un bien sin faltas de conformidad<sup>45</sup>.

Además, no es presupuesto de la responsabilidad del vendedor que la falta de conformidad tenga una determinada entidad; por tanto, el vendedor responde de cualquier falta de conformidad, sea del tipo que sea y posea mayor o menor relevancia (la única excepción radica en la resolución, como se verá más adelante, la cual no podrá ejercitarse cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia)<sup>46</sup>. Por otra parte, tales remedios son perfectamente compatibles con la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios con arreglo a la legislación civil; así lo dispone el antiguo artículo 117 TRLGDCU: «*En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*»<sup>47</sup>.

Se plantea la sentencia del Juzgado de Primera Instancia del caso objeto del presente comentario si el comprador hubiera tenido éxito de haber optado por interponer la acción resolutoria en virtud del artículo 121 TRLGDCU, cuyo tenor literal en el momento de los hechos de la sentencia era el siguiente: «*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*». Considera el Juzgado de Primera

<sup>45</sup> En este sentido MARÍN LÓPEZ, «Artículo 114 TRLGDCU», 2015, pp. 1663-1664. La misma opción por la responsabilidad objetiva del vendedor es seguida por la Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, transpuesta al ordenamiento español por el RDL 7/2021; en este sentido consúltese MARÍN LÓPEZ, *LL*, 2019.

<sup>46</sup> El artículo 114 TRLGDCU en su anterior redacción señala: «*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*». Tras la redacción dada por el RDL 7/2021 el nuevo artículo 117.1.º TRLGDCU afirma, en igual línea de pensamiento, que «*El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital (...)*». El término genérico «empresario», empleado en este y en otros preceptos tras el RDL 7/2021, se debe al ya comentado deseo de refundir reglas de las dos Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE y, por consiguiente, a la decisión de reunir en un solo precepto las particularidades de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. En realidad, la Directiva 2019/771/UE emplea el término «vendedor» y la Directiva 2019/770/UE alude al término genérico «empresario». Véase sobre ello CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, p. 10.

<sup>47</sup> La redacción de este párrafo 2.º del art. 117 TRLGDCU se mantiene inalterada tras el RDL 7/2021, aunque cambia su numeración al actual artículo 116.2.º TRLGDCU.

Instancia que no existe fundamento para el éxito de esta acción en la medida en que el mencionado precepto legal autoriza la resolución solo cuando el consumidor no pueda solicitar con carácter previo la reparación o la sustitución del bien, o estas no se hubieren verificado en determinadas condiciones favorables para el consumidor<sup>48</sup>. En el supuesto del Dieselgate es indudable que el comprador demandante puede exigir la reparación del vehículo, esto es, la supresión o modificación del software ilegal, llevada a cabo en media hora y en un taller de los servicios oficiales del fabricante sito en su localidad, sin haberse en ningún caso, además, probado que tal supresión haya resultado perjudicial para la posterior potencia o rendimiento del automóvil.

Efectivamente, el legislador decidió en el citado artículo 121 TRLGDCU el itinerario concreto a seguir por parte del consumidor frente al vendedor, dándose preferencia a los remedios que suponen el mantenimiento del contrato (reparación, sustitución) respecto a los remedios que implican alteración del contenido de las prestaciones (reducción del precio) o disolución del vínculo (resolución)<sup>49</sup>. La razón de tal itinerario se halla, fundamentalmente, en la conservación del negocio celebrado y, en definitiva, en la seguridad de las transacciones<sup>50</sup>. Apunta la doctrina que, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, no es una opción que favorezca principalmente el interés de los consumidores, que hubieran quedado más satisfechos, sin duda, con la libre opción entre todos los remedios<sup>51</sup> (al menos con que, como remedio primario, hubieran tenido también la disponibilidad de la reducción del precio).

Cabe preguntarse en las hipótesis del Dieselgate si el consumidor podría optar por el remedio de la sustitución del bien antes que por el remedio de la reparación. El tenor del antiguo artículo 119.1 TRLGDCU señala que, si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá elegir entre exigir la repa-

<sup>48</sup> CARRASCO PERERA, 2021, 22/25, señala, refiriéndose al artículo 121 TRLGDCU, que no cabe pedir la resolución de un contrato, aunque la reparación o sustitución resulten fallidas, si se está ante una falta de conformidad de escasa importancia.

<sup>49</sup> En este sentido, refiriéndose al camino diseñado en su día por la Directiva 1999/44/CE GARCÍA RUBIO, *LL*, 2003, pp. 5-6. Este orden jerárquico otorgando preferencia a la reparación y sustitución está también presente, tras el RDL 7/2021, en el nuevo artículo 118 TRLGDCU (en contra de la existencia de tal orden jerárquico, debiendo hablarse de medidas subordinadas a la concurrencia de ciertas circunstancias, se pronuncia FERRER GUARDIOLA, *RDC*, 2021, pp. 214-215 y 222). Entre las novedades incluidas en el inciso final del también nuevo artículo 117.1 TRLGDCU se halla un nuevo remedio, el derecho a suspender el pago del precio por parte del consumidor. Lamenta CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, p. 24, que el legislador español no haya hecho uso del margen de regulación concedido por las Directivas para determinar las condiciones y modalidades para el derecho a suspender el pago, generándose cierta incertidumbre respecto a su compatibilidad con los otros remedios.

<sup>50</sup> Así, MARÍN LÓPEZ, «Artículo 118 TRLGDCU», 2015, p. 1727.

<sup>51</sup> En este sentido CASTILLA BAREA, 2021, pp. 188-189.

ración o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos resulte objetivamente imposible o desproporcionada<sup>52</sup>. La elección entre ambas medidas corresponde al consumidor, pero la misma no es completamente libre. Por una parte, no cabe la reparación y/o la sustitución si estas son de imposible ejecución, recayendo la carga de la prueba de ello sobre quien está obligado a sanear. Ello puede ocurrir cuando el defecto sea irreparable, o cuando, aun siendo posible la reparación, se han causado ya en el bien daños que no cabe reparar, cuando no hay piezas de recambio, etc. Tanto la sustitución como la reparación son objetivamente posibles en los casos del Dieselgate.

El consumidor no podrá solicitar, por otra parte, un remedio concreto (sustitución o reparación) si este resulta desproporcionado para el vendedor. Para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad es preciso calcular, primero, el coste total que suponen para el vendedor tanto la reparación como la sustitución, y confrontarlos entre sí. En el caso comentado uno de los remedios (la sustitución del bien) parece que causa gastos considerablemente mayores que la reparación, de modo que es preciso acudir a una segunda fase del juicio de proporcionalidad y concluir si es razonable que esos gastos más elevados que implica la sustitución del bien se le impongan al vendedor en función de los parámetros recogidos en el antiguo artículo 119.2.1 TRLGDCU<sup>53</sup>. Tal precepto afirmaba que *«Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que, en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario»*<sup>54</sup>. En nuestro supuesto concreto del Dieselgate hay dos parámetros que llevan a concluir que la medida que procede, como ya se ha adelantado con anterioridad, es la reparación y no la sustitución del vehículo. Por una parte, la falta de conformidad es de escasa relevancia y fácil de eliminar; por otra parte, la reparación puede llevarse a cabo sin inconvenientes mayores para el consumidor dentro de un plazo razonable (en la carta de Vaesa se calcula el tiempo de la reparación en media hora de duración y en un taller de los servicios oficiales del fabricante de la propia localidad del comprador).

En uno de los pleitos sobre el Dieselgate, y de modo excepcional, el demandante solicitó la medida de la sustitución del vehículo

<sup>52</sup> En parecidos términos se expresa el nuevo artículo 118.1 TRLGDCU.

<sup>53</sup> En este sentido MARÍN LÓPEZ, «Artículo 119 TRLGDCU», 2015, pp. 1743-1744.

<sup>54</sup> En términos similares los nuevos artículos 118.1 y 118.3 TRLGDCU.

en virtud del artículo 118 TRLGDCU. Pero la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) número 158/2018 de 13 de marzo considera, en línea con la tesis aquí defendida, que no ha de otorgarse tal remedio en cuanto es objetivamente desproporcionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 119.2 TRLGDCU. Esto es, el tribunal atiende a la facilidad y gastos menores que supone la reparación del coche en comparación con su sustitución, a la entidad no relevante de la falta de conformidad, al momento de la venta (junio de 2014) y a la distancia en kilómetros recorrida por el vehículo en el instante de la presentación de la demanda, que permite considerar que su valor en el mercado ha disminuido de forma notable por el paso del tiempo y su mero uso. Más adelante sostiene que la reparación ofrecida voluntariamente por el fabricante alemán coincide con el remedio principal y preferente previsto en el artículo 119 TRLGDCU, que no se ha demostrado en ningún momento que dicha reparación sea imposible o desproporcionada, sino al contrario, es perfectamente viable y adecuada para lograr el cumplimiento de la prestación en forma específica.

Como conclusión de todo lo afirmado, hay dos razones por las que, por tanto, no triunfaría la acción resolutoria en el caso examinado al amparo del TRLGDCU. En primer lugar, la resolución contractual se presenta como un remedio subsidiario, ya que procederá antes la reparación del bien, que es una medida aquí posible y proporcionada<sup>55</sup>. Es lógico el carácter subsidiario de la resolución en el esquema legal, en cuanto se trata de una medida en principio poco interesante para ambas partes: al implicar efectos retroactivos, el vendedor quedará obligado a devolver el precio y recuperará un bien con defectos de difícil colocación posterior en el mercado. Para el comprador, al menos teóricamente, la satisfacción de sus legítimas expectativas pasa, en primer lugar, por el correcto cumplimiento del contrato (reparación/sustitución).

La segunda razón por la que no triunfaría la resolución en nuestro caso concreto es porque el antiguo artículo 121 *in fine* TRLGDCU señala que tal medida no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia<sup>56</sup>. El problema está, desde luego, en

<sup>55</sup> Señala, en relación con la redacción anterior al RDL 7/2021 MARÍN LÓPEZ, «Artículo 121 TRLGDCU», 2015, p. 1763, que hay una hipótesis en la que el legislador hubiera debido admitir la resolución como medida primaria; así, cuando la falta de conformidad es de tal importancia que los intereses del comprador han quedado totalmente insatisfechos y de manera definitiva. En este sentido una gran novedad introducida por el RDL 7/2021 en el artículo 119.1 e) TRLGDCU es la posibilidad de prescindir del remedio primario de la puesta en conformidad cuando «*La falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato*».

<sup>56</sup> En el mismo sentido el nuevo artículo 119 ter apartado 2.º TRLGDCU.

decidir cuándo una falta de conformidad es de escasa importancia, en la medida en que es posible que un defecto objetivamente leve pueda considerarse relevante si se acredita que la finalidad del consumidor al comprar el bien queda frustrada. En los casos del Dieselgate tal finalidad solo podría quedar frustrada si ha adquirido el coche movido principalmente por su interés ecológico en cuanto el vehículo con la instalación del software no ha perdido potencia de motor o capacidad de rendimiento, ni se ha impedido su circulación, sirviendo perfectamente para el fin para el que se adquirió<sup>57</sup>. Pero como he sostenido con anterioridad, en los litigios no se ha considerado acreditado que la causa fundamental que conduce a la compra del vehículo sea la conciencia medioambiental.

### 3. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LOS QUE SOSTIENE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA EMPRESA DISTRIBUIDORA

#### 3.1 Primer argumento: reiteración de jurisprudencia anterior sobre la responsabilidad contractual del fabricante

El fallo final y la argumentación del Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de julio de 2021 vienen, sin duda, condicionados tanto por el modo en que el demandante ha articulado el recurso de casación y ha definido las acciones ejercitadas como por las limitaciones impuestas por el propio ordenamiento. Así, la única pretensión que mantiene el demandante en el recurso de casación respecto a las planteadas en su demanda es la condena a la indemnización de los daños morales causados por la instalación del software ilegal, en virtud de los artículos 1101 ss CC. Por consiguiente, el objetivo al que pretende llegar en la sentencia el Tribunal Supremo es la admisión de la responsabilidad contractual del fabricante, en la medida en que exonera de responsabilidad al vendedor en cuanto entiendo que era desconocedor de la manipulación.

---

<sup>57</sup> El *Landgericht Bochum*, 2. *Zivilkammer*, I-2 O 425/15, dicta una sentencia el 16 de marzo de 2016, que es pionera en un litigio del Dieselgate a la hora de desestimar la pretensión de resolución del contrato de compraventa del vehículo (consúltase en [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg\\_bochum/j2016/I\\_2\\_O\\_425\\_15\\_Urteil\\_20160316.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg_bochum/j2016/I_2_O_425_15_Urteil_20160316.html)) (fecha de consulta: 05/01/2022). Aunque el tribunal reconoce que el vehículo es defectuoso, concluye que el demandante no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es insignificante (§ 323 (5) BGB: «*Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*»). Esta sentencia es comentada por GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1 ss.

### 3.1.1 LAS ACCIONES POR FALTA DE CONFORMIDAD DEL TRLGDCU, INSTRUMENTO CARENTE DE UTILIDAD PARA SUSTENTAR LA CONDENA DEL FABRICANTE A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

La sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario no hace referencia en ningún momento al TRLGDCU. Por el contrario, sí alude a dicha normativa la Audiencia Provincial en cuanto señala que las acciones por falta de conformidad del bien reguladas en los artículos 118 ss (preceptos vigentes en el momento de los hechos de la sentencia, es decir, en su redacción anterior al RDL 7/2021) no se han explicitado en la demanda interpuesta por el adquirente del vehículo, aunque sí se hace una referencia a los citados preceptos en la fundamentación jurídica de la misma. En cualquier caso, aunque se hubiera planteado la demanda en virtud de dicha normativa, a mi juicio, la misma no hubiera constituido un instrumento útil para apoyar la condena del fabricante a la indemnización de los daños y perjuicios causados al comprador.

La primera razón es que estos preceptos tienen como fin principal establecer la responsabilidad del vendedor (y no la del productor) frente al consumidor y usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto, con independencia de que el vendedor sea o no conocedor de tal falta. Como ya he apuntado con anterioridad, el TRLGDCU adopta un sistema de responsabilidad contractual en sentido amplio, de carácter objetivo. El vendedor es responsable por la falta de satisfacción del interés del comprador de obtener un producto carente de vicios o defectos.

Solo se contempla la responsabilidad del productor, con carácter subsidiario a la del vendedor, en el artículo 124 TRLGDCU (en su tenor anterior al RDL 7/2021), ya que únicamente se permite actuar contra aquel cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor y, además, de modo simultáneo, cuando la falta de conformidad sea imputable al productor, es decir, se esté ante defectos cuya causa resida en el origen, identidad o idoneidad del producto<sup>58</sup>. El espíritu de la nor-

---

<sup>58</sup> Así MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1800-1802 y JUÁREZ TORREJÓN, *RCDI*, 2020, p. 3178.

El artículo 124 TRLGDCU afirmaba que *«Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.»*

*Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al*

mativa comunitaria (Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes del consumo) fue considerar responsable al vendedor de la falta de conformidad, aunque dicha falta poseyera su origen en sujetos que se encuentran por encima del vendedor en la cadena de fabricación y distribución. Detrás de esta opción existían razones de signo político, en cuanto el vendedor suele ser el más cercano al comprador y, además, razones de carácter jurídico, en cuanto en la tradición continental y en la inglesa el contrato de compraventa se presenta como el marco jurídico adecuado para llevar a cabo la tutela del consumidor por los defectos o la falta de conformidad del bien<sup>59</sup>.

Marín López consideraba correcta la opción del legislador de establecer la responsabilidad del productor en el citado artículo 124 TRLGDCU. Las razones son varias: ello incrementa la tutela del consumidor, añadiendo otro sujeto más que debe responder de la falta de conformidad; los motivos por los que un consumidor elige un producto suelen ir ligados más a la competencia atribuida al fabricante que a la capacidad y solvencia de los vendedores y, por último, la responsabilidad del fabricante por los defectos de la cosa constituye un incentivo para la mejora de sus productos. Sin embargo, este autor criticaba, a la vez, la confusa regulación del artículo 124 TRLGDCU (ya que, aunque pudiera derivarse lo contrario del tenor literal, debían concurrir, a su juicio, todos los requisitos previstos en los dos primeros párrafos del precepto para la responsabilidad del productor<sup>60</sup>) y, sobre todo, que hubiera supuesto un retroceso respecto a los pronunciamientos judiciales que, con base en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, permitían la reclamación por el consumidor, de modo indistinto, al vendedor y al productor. En su opinión hubiera sido mucho más oportuno el establecimiento de una regla clara en la que se afirmara la responsabilidad solidaria del vendedor y del productor por las faltas de conformidad imputables a este último<sup>61</sup>. Por su parte, el nuevo artículo 125 TRLGDCU, en su redacción

---

*origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.*

*Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento». Se ha sostenido por GARCÍA RUBIO, LL, 2003, p 7, que «Se trata pues de una acción «extracontractual» situada en un contexto general de relaciones puramente contractuales».*

<sup>59</sup> En este sentido MORALES MORENO, 2006, p. 164.

<sup>60</sup> Véase el tenor literal del precepto en la nota de pie de página 58.

<sup>61</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1797-1799.

dada por el RDL 7/2021, tampoco consagra dicha responsabilidad solidaria, manteniéndose el carácter subsidiario de la responsabilidad del productor en similares términos a los del antiguo precepto 124<sup>62</sup>.

En mi opinión, en el caso objeto del presente comentario, la normativa del TRLGDCU no hubiera sido un instrumento útil como sustento de la condena del fabricante a la reparación de los daños morales contractuales sufridos por el comprador del vehículo, además, por otras dos razones que han de añadirse a la anteriormente comentada (el fin de la normativa reguladora de la falta de conformidad es establecer primariamente la responsabilidad del vendedor). Por una parte, la responsabilidad de carácter subsidiario del productor se circunscribe en todo caso a las acciones de reparación y sustitución del bien (no cabe ejercitar contra él ni la acción de reducción del precio ni la de resolución del contrato al no haber sido parte contratante<sup>63</sup>). Por otra parte, el propio TRLGDCU prevé que el consumidor y usuario pueda ejercitar las acciones por los daños y perjuicios que derivan de la falta de conformidad pero, no por tal normativa, sino de acuerdo con los preceptos pertinentes de la legislación civil y mercantil, con lo cual el TRLGDCU no resuelve nada en relación con el problema inicial de fundamentar la responsabilidad por daños contractuales del fabricante en

---

<sup>62</sup> «1. Cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad.

Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

2. Quien haya respondido frente al consumidor o usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora.»

<sup>63</sup> Señala GARCÍA RÚBIO, LL, 2003, p 7, que el precio fue resultado del acuerdo entre vendedor y comprador y el pago se le hizo a aquél y no al productor. MORALES MORENO, ADC, 1999, pp. 284-286, hace ya tiempo que ponía de relieve la insatisfacción de que la entonces futura normativa europea en materia de consumo no recogiera la responsabilidad directa del productor ante la falta de conformidad del bien por sus propias declaraciones públicas y, a la vez, se preguntaba cómo puede responder por insatisfacción de un contratante quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor. A su juicio, un modo coherente de dar solución al problema sería considerar al productor como garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato. Y esta posibilidad, aún sin una norma legal que lo establezca de forma expresa, podría justificarse como una exigencia derivada del principio de la buena fe. Como la garantía del productor ha de circunscribirse al interés en el cumplimiento del contrato, este podría ofrecer al consumidor idénticos remedios que la normativa de consumo considera que tiene el comprador frente al vendedor. Ahora bien, no quedaría cubierta por la garantía, en su opinión, la indemnización de los daños patrimoniales, de difícil cálculo, cuya reparación podría generar en el garante una excesiva responsabilidad económica.

los artículos 1101 ss CC y respecto al impedimento que a ello supone el artículo 1257 del citado cuerpo legal<sup>64</sup>.

### 3.1.2 MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS EN LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020, PRIMER PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL DIESELGATE

En la sentencia objeto del presente comentario el Tribunal Supremo, para poder condenar al fabricante (condena que hace extensiva, como luego se verá, a la distribuidora Vaesa) a la indemnización del daño moral sufrido por el adquirente por el cauce de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual del CC, se encuentra con el obstáculo del principio de la eficacia relativa de los contratos del artículo 1257 CC. El fabricante no es parte del contrato de compraventa del vehículo, de modo que no cabría, en virtud del citado precepto, imputarle responsabilidad alguna por el incumplimiento del contrato. ¿Cuál es su razonamiento para superar el citado obstáculo? Se limita a recoger en el fundamento 5.º parte de las afirmaciones hechas en su anterior sentencia, de Pleno, núm. 167/2020 de 11 de marzo, primer pronunciamiento sobre el problema del Dieselgate. Pese a que el adquirente del vehículo alega en el segundo motivo del recurso de casación el artículo 1257 CC y alude a la interpretación arcaica del principio de relatividad de los contratos, no deja de sorprender que en esta sentencia de 23 de julio de 2021 el Tribunal Supremo no haga alusión expresa en su argumentación a dicho principio y a excepcionar el mismo en el supuesto concreto. Se limita a recoger, entrecomilladas, otras afirmaciones distintas, también incluidas en la anterior STS de 11 de marzo de 2020, no mencionando, sin embargo, las consideraciones que igualmente esta última lleva a cabo sobre una interpretación

<sup>64</sup> El antiguo artículo 117.2 TRLGDCU señalaba «*En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*». En el mismo sentido se pronuncia el nuevo artículo 116.2 TRLGDCU tras su redacción por el RDL 7/2021. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 117 TRLGDCU», 2015, p. 1716, pone de relieve que la materia de la responsabilidad civil se remitía al derecho nacional por la complejidad que hubiera supuesto regular la indemnización de daños y perjuicios dentro de la propia Directiva 1999/44/CEE como un remedio más ante la falta de conformidad; en particular, por la diversidad de modelos de atribución de la responsabilidad que hay en los Estados miembros. Las Directivas 770/2019/UE y 771/2019/UE continúan en la misma línea de pensamiento que la Directiva anterior en cuanto a este extremo. CASTILLA BAREA, 2021, p. 254, critica tal decisión de renunciar a armonizar el remedio de la indemnización (crítica que extiende al legislador español) a partir de uno de los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria en esta materia, como es la realización del mercado interior, en cuanto ello implica en el ordenamiento español una fragmentación de la respuesta legal en caso de existencia de una falta de conformidad, cuyos efectos darán lugar a acciones distintas reguladas en cuerpos normativos diferentes y sujetas a plazos dispares.

nueva y flexible del artículo 1257 CC. Aunque desde luego es claro que, de hecho, la sentencia objeto del presente comentario exceptúa el principio de la relatividad de los contratos para concluir la responsabilidad contractual del fabricante. Al ser el ponente de ambas sentencias el mismo, Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena, quizás no se estimó necesario recoger el pronunciamiento completo en este sentido de la primera de las sentencias.

La diferencia entre ambos pronunciamientos radica en que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 solo resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad contractual de la empresa fabricante (que en este caso es Seat, SA, que fabricó el vehículo, mientras que el motor diésel del mismo lo fabricó Volkswagen AG), concluyendo finalmente que aquella debía responder solidariamente con la empresa vendedora (Talleres Menorca, SL) por la cantidad de 500 euros por el daño moral contractual causado al comprador por la instalación del software ilegal en el motor. Por tanto, en casación no se trata ni la responsabilidad contractual del vendedor ni la existencia de los daños morales, en cuanto ambas cuestiones ya se habían resuelto y fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta última solo condena al vendedor a indemnizar al comprador los daños morales consistentes en la zozobra derivada de la existencia de un defecto oculto en el coche, de la incertidumbre en relación con el engaño y de la inseguridad sobre el resultado de la reclamación interpuesta o sobre las consecuencias que podría tener la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor. La acción dirigida contra la fabricante Seat, SA se desestima por la Audiencia Provincial en cuanto esta no había participado en el diseño y fabricación del motor y en cuanto no era parte en el contrato de compraventa, ejercitándose en la demanda una acción de responsabilidad contractual y no una acción de daños por productos defectuosos regulada en los artículos 128 y ss TRLGDCU.

En su sentencia de pleno de 11 de marzo de 2020, el Tribunal Supremo realiza una serie de explicaciones pormenorizadas, de las que, como ya he apuntado, no da cuenta expresamente en su posterior sentencia de 23 de julio de 2021, acerca de la modulación en ciertos ámbitos concretos del principio de relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 CC. En el que es su primer pronunciamiento sobre el Dieselgate hace inicialmente una consideración rápida sobre la nueva estructura económica de la sociedad y la producción en masa, por las que deviene hoy imposible seguir manteniendo la concepción de los contratos como realidades absolutamente independientes entre sí, con falta de eficacia respecto a quien no ha sido parte en los mismos; consideración que se adecuaba perfectamente, sin

embargo, a las condiciones existentes en la época de la promulgación del Código Civil. Y, a continuación, el tribunal amplía el ámbito subjetivo de la responsabilidad en la compraventa de vehículos, extendiéndolo al fabricante por defectos en la fabricación, tomando como apoyo central sus propios antecedentes jurisprudenciales, en particular, los referidos al contrato de obra, en donde extendió la legitimación del comprador para ejercitar acciones que correspondían en sentido estricto al promotor frente al contratista o al arquitecto en base al artículo 1591 CC. Como es conocido, en este ámbito concreto hubo una intervención posterior del legislador en este mismo sentido en la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999.

Este primer pronunciamiento sobre el Dieselgate apunta, además, otras particularidades del ámbito de la contratación de vehículos que justifican también la modulación del artículo 1257 CC para extender la responsabilidad contractual al fabricante, consideraciones a las que tampoco hace referencia explícita en su sentencia posterior de 23 de julio de 2021: así, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión de adquirir el vehículo y la afectación masiva a una pluralidad de adquirentes que suelen provocar los defectos de fabricación<sup>65</sup>.

### 3.1.3 ANÁLISIS DE LAS PREMISAS DE LA STS DE 23 DE JULIO DE 2021 PARA LA AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL FABRICANTE

¿Qué argumentaciones de la STS de 11 de marzo de 2020 sí recoge en su fundamento 5.º la sentencia del segundo pronunciamiento sobre el Dieselgate para concluir la responsabilidad contractual del fabricante (Volkswagen AG) en virtud de los artículos 1101 ss CC? En mi opinión, cabe sintetizar en dos premisas fundamentales dicho fallo:

La primera premisa es la existencia de vínculos con trascendencia jurídica entre el fabricante y el comprador final, a pesar de que no se haya celebrado un contrato entre ellos. Uno de tales vínculos jurídicos es la posibilidad que posee el consumidor final de exigir las prestaciones del bien ofertadas en la publicidad del producto, generalmente realizadas por el fabricante.

<sup>65</sup> Con posterioridad a las SSTS 167/2020 de 11 de marzo y 561/2021 de 23 de julio, se dictan otras dos en la misma línea: así, las SSTS 104/2022 de 8 de febrero (RJ 2022/634. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile) y 300/2022 de 7 de abril (JUR 2022/129041. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile). Ambas, que no tratan casos de Dieselgate, aluden, como excepciones al principio de la eficacia relativa de los contratos, a los ámbitos de la construcción y venta masiva de inmuebles y del sector automovilístico (véase los fundamentos 9º y 5º, respectivamente

La segunda premisa es que al fabricante le es imputable el incumplimiento del contrato en la medida en que el producto, lanzado al mercado a través de la red de distribuidores de aquel, no reúne las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el fabricante. Así, en la publicidad emitida por Volkswagen AG se recogió un nivel de emisión de gases contaminantes que no se correspondía con la realidad.

Respecto a la primera premisa sostenida por el Tribunal Supremo, cabe afirmar que la regla de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato tiene hoy un posible doble fundamento normativo<sup>66</sup>. Primero, hay una regulación general sustentada en los artículos 1258 y 7 CC, que ya inició la jurisprudencia hace tiempo<sup>67</sup>. En segundo lugar, cuenta con una regulación específica en la normativa reguladora de las relaciones de consumo; así, en el artículo 61.2 TRLGDCU<sup>68</sup> y, de acuerdo con la normativa vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos del caso, con el artículo 116.1.d) TRLGDCU, al que, continuación, me voy a referir más detenidamente.

Según se sostiene<sup>69</sup>, cuando la incorporación de la publicidad al contrato se apoya en un precepto concreto que la establece, habrá que estar al supuesto de hecho de esa norma, y ella es la que determina tanto el modo en que la incorporación se produce (supuesto de aplicación) como sus consecuencias. De acuerdo con la argumentación que he dado en epígrafes anteriores, en el caso concreto analizado en este trabajo es indudable que estamos ante la existencia de una falta de conformidad, y la misma encaja en la letra d) del antiguo artículo 116 TRLGDCU, *a sensu contrario*: el vehículo no presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el productor en la publicidad, ya que el nivel de emisión de gases contaminantes no es el señalado por el fabricante en su publicidad<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Señalado por MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1005.

<sup>67</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 7 CC», 1993, p. 38, explica que determinados preceptos, como el artículo 7 CC, constituyen una herramienta de auxilio, complemento y corrección del derecho escrito, y una autorización o mandato para buscar una fundamentación a una decisión judicial en los valores representados por la buena fe, como el respeto a la confianza suscitada en la otra parte.

<sup>68</sup> «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». La redacción de este precepto no ha sufrido variación tras la promulgación del RDL 7/2021. Posee su origen en el antiguo artículo 8 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.

<sup>69</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1006.

<sup>70</sup> En este sentido también CORRAL GARCÍA, *Práctica de Derecho de Daños*, 2021, p. 4.

Realmente en el supuesto concreto resuelto por la sentencia comentada no sería aplicable la legislación de consumo en cuanto que en el recurso de casación no se solicita más que la responsabilidad contractual en virtud de los artículos 1101 ss CC. Además, en la demanda no se invocaron los preceptos correspondientes a las acciones por falta de conformidad, seguramente porque en el momento de la misma estaban ya prescritas. No obstante, merece la pena examinar esta vía por las conclusiones interesantes que podrán extraerse de la misma de cara a la responsabilidad del fabricante y el principio de la eficacia relativa de los contratos.

En la estructura del artículo 116 TRLGDCU (en su redacción anterior a la dada por el RDL 7/2021) hay dos partes bien diferenciadas: en primer lugar, la regla de la vinculación por la publicidad y, en segundo lugar, las excepciones a su aplicación. En cuanto a la regla de la vinculación del vendedor por la publicidad<sup>71</sup>, la misma se justifica por la confianza que las declaraciones públicas concretas generan en el consumidor y usuario medio<sup>72</sup>. Es decir, la responsabilidad del vendedor por dichas declaraciones se basa en la presunción legal de que el consumidor celebró el contrato movido o inducido por dicha información<sup>73</sup>. En particular, el vendedor queda vinculado, no solo por la publicidad por él mismo realizada, sino también por las declaraciones públicas hechas por un tercero, por consiguiente, por las llevadas a cabo por el fabricante. En este

<sup>71</sup> El artículo 116.1 TRLGDCU señala «Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

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

"Por su parte el RDL 7/2021 señala que el producto, para ser conforme con el contrato debe reunir una serie de requisitos subjetivos (art. 115 bis TRLGDCU) y objetivos (art. 115 ter TRLGDCU). Entre estos últimos se encuentra el precepto correspondiente al derogado artículo 116.1.d) TRLGDCU. Así, el nuevo artículo 115 ter TRLGDCU en su párrafo 1.º señala «Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos: d) *Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado (...)*».

<sup>72</sup> MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 996, señala que las declaraciones vinculan al vendedor por lo que el consumidor «pueda fundadamente esperar». En sentido similar véase INFANTE RUIZ, 2015, epígrafe 1.2. *Regla general de integración de la publicidad para cualquier contrato de consumo* (consulta de la versión electrónica de la obra).

<sup>73</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, p. 1701.

sentido la protección de la confianza generada en el comprador es un riesgo que el vendedor debe soportar, aunque no le sea directamente imputable a él<sup>74</sup>. Así, saca una ventaja o beneficio de la venta y hay una vinculación económica entre vendedor y fabricante. La propia normativa de consumo señala cuáles serán los efectos de esa vinculación del vendedor a la publicidad; así, los artículos 118 a 122 TRLGDCU (en su redacción anterior al RDL 7/2021) se ocupan de regular las acciones que se derivan de la falta de conformidad<sup>75</sup>. Son, como ya he aludido en otro epígrafe, de forma preferente el cumplimiento *in natura* (la reparación o sustitución del bien) y, ya en segundo lugar, la reducción del precio y la resolución contractual. Es posible ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el vendedor, pero por las normas generales del CC en virtud del reenvío a las mismas que hace el propio TRLGDCU.

La legislación de consumo prevé, por tanto, la vinculación del vendedor por la publicidad llevada a cabo por tercero, pero bajo ciertos presupuestos y con ciertos límites. El anterior artículo 116.1.d) *in fine* TRLGDCU es una buena muestra de ello cuando, en su segunda parte, apunta tres excepciones a tal vinculación: «*El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto*»<sup>76</sup>. Tales excepciones permiten tener en cuenta el modo específico en que cada consumidor ha contratado, y su denominador común es que se trata de hipótesis en que no existe esa confianza del consumidor<sup>77</sup>. Aplicado al supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia comentada, no podría jugar en ningún caso la excepción primera porque cuando menciona el desconocimiento de la declaración pública se refiere a la falta de conocimiento de tal declaración, pero no a la inexactitud de la misma<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 875.

<sup>75</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, pp. 514-515, profundiza en las diferencias existentes, en cuanto a las acciones a ejercitar y otros extremos, entre los artículos 61 y 116.1 d) TRLGDCU.

<sup>76</sup> Tras el RDL 7/2021, el artículo 115 ter en su párrafo 1.º, letra d) *in fine* TRLGDCU hace referencia sustancialmente a las mismas excepciones: «*El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:*

1.º *Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.*  
 2.º *Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.*  
 3.º *Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital».*

<sup>77</sup> MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 996.

<sup>78</sup> Con carácter general MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 997.

Por tanto, el vendedor quedaría vinculado por la publicidad de Volkswagen AG porque es indudable que conoce su existencia; lo único que ignora que es falsa.

La segunda excepción tampoco podría aplicarse aquí en beneficio del vendedor, en cuanto que en el momento de la celebración del contrato de compraventa del vehículo con el demandante todavía no se había producido el comunicado verbal de Volkswagen AG admitiendo el defecto y su comportamiento fraudulento<sup>79</sup>. La tercera y última excepción es la que, en todo caso, podría haber tenido más éxito, quedando el vendedor exonerado de responsabilidad si acredita que la cualidad o característica del bien ofrecida en la publicidad no fue determinante en la adquisición, de modo que el comprador habría tomado idéntica decisión también sin haber conocido las declaraciones públicas<sup>80</sup>. Pero se ha mantenido con razón, en relación con esta tercera excepción legal, que exige una prueba muy difícil a cargo del vendedor sobre el estado psicológico del contratante, de modo que parece que pocas aplicaciones reales podrá tener<sup>81</sup>. Piénsese, en este sentido, lo complicado que resultaría en el caso concreto de la sentencia comentada acreditar por la entidad concesionaria que la publicidad de Volkswagen AG acerca del volumen de emisiones del vehículo no fue determinante en la decisión de adquirir por parte de ese determinado comprador.

En el caso hipotético de que el vendedor no tuviera que responder de la falta de conformidad del bien porque pudiera acogerse a una de las tres excepciones legales antes indicadas, el comprador no quedaría desprotegido en cuanto podrá ejercitar la acción prevista contra el productor, que es de carácter subsidiaria y que entraría en juego aquí por imposibilidad de dirigirse al vendedor (antiguo art. 124 y nuevo 125 TRLGDCU)<sup>82</sup>. Pero, como ya he indicado con anterioridad en este trabajo, no podría solicitar frente al productor más que el cumplimiento en forma específica (reparación o sustitución del bien) y, en su caso, también la acción de indemnización de daños y perjuicios, ésta última por la normativa general del CC por reenvío del TRLGDCU. Se ha apuntado, con acierto, que probablemente el régimen sería el propio de la responsabilidad

---

<sup>79</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 997, explica que la corrección de la declaración pública del vendedor o del tercero puede llevarse a cabo en el contrato celebrado con cada consumidor o a través de declaraciones públicas, siempre que estas permitan destruir la confianza que se generó con la declaración inicial.

<sup>80</sup> Sobre tal excepción véase MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, pp. 1705-1706.

<sup>81</sup> En este sentido INFANTE RUIZ, 2015, epígrafe 1.3. *Excepciones [art. 116. 1.d) TRLGDCU] y el problema de su extensión a todos los contratos con consumidores.*

<sup>82</sup> En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 873. Lo señala como una de las interpretaciones posibles del antiguo artículo 124 TRLGDCU CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 515.

extracontractual por coherencia con la decisión del legislador de no poder solicitar frente al fabricante ni la resolución ni la reducción del precio en cuanto este no ha sido parte en el contrato de compraventa<sup>83</sup>. Desde luego, a mi juicio, la decisión del legislador en la venta de bienes de consumo respecto a las acciones por falta de conformidad del bien que el consumidor puede plantear, de forma subsidiaria, contra el productor es muy clara, y en tal decisión está implícito, sin duda, el principio de la eficacia relativa de los contratos.

Cabe preguntarse si el fallo y la argumentación del Tribunal Supremo hubieran sido los mismos que en el de los dos pronunciamientos sobre el Dieselgate (esto es, condenar a reparar el daño moral contractual al fabricante modulando el principio de la eficacia relativa de los contratos), si tuviera que resolver un litigio en el que el demandante hubiera interpuesto su demanda solo contra el fabricante y, junto a la acción de responsabilidad civil en virtud de los artículos 1101 ss CC para solicitar la reparación de los daños morales, hubiera ejercitado las acciones de falta de conformidad del TRLGDCU (presumiendo que se diera el hipotético supuesto de que no tuviera que responder el vendedor de la falta de conformidad). El Tribunal Supremo tendría que enfrentarse al problema de resolver la contradicción que supondría excepcionar el artículo 1257 CC para condenar al fabricante a indemnizar el daño moral contractual, y condenar, a la vez, a la reparación o sustitución del bien, según procediera, en virtud de una normativa de consumo que tiene presente, para la regulación de las acciones por falta de conformidad del bien, el principio de la relatividad de los contratos.

Fuera ya del ámbito específico de la legislación de consumo y, a falta de un precepto que regule de modo expreso la cuestión en el CC vigente (que es el ámbito en el que se mueve la sentencia objeto de comentario), la doctrina, aunque ha constatado que desde la óptica de la dogmática tradicional y el principio de la eficacia relativa de los contratos no es sencillo justificar la responsabilidad del vendedor por las declaraciones de un tercero que no es parte contractual, llega a semejante conclusión en virtud del principio de

---

<sup>83</sup> En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 876. Ya he explicado cómo MORALES MORENO, *ADC*, 1999, pp. 285-287, defendió hace tiempo la posibilidad de que el fabricante pudiera responder frente al comprador incluso con el remedio de la resolución contractual, pero, claro, no en cuanto parte del contrato de compraventa sino en cuanto garante del riesgo de insatisfacción del interés de uno de los contratantes. En este mismo trabajo señala que considera «(...) como meta deseable que se llegue algún día a establecer una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable». Lamentablemente ello tampoco ha sido posible con la última Directiva 2019/771/UE y el nuevo artículo 125 TRLGDCU en su redacción dada por el RDL 7/2021.

buena fe contractual (art. 1258 CC)<sup>84</sup>. Tal responsabilidad se fundamenta en la presunción de que conocía la publicidad ajena o cabía razonablemente esperar que la conociera por su actividad profesional en el sector, y en la asunción lógica de riesgos por la publicidad inexacta como contrapartida por las ventajas económicas que derivan de su actividad. Dicha responsabilidad contractual se ha calificado como objetivada y sin culpa, derivando directamente de la ley<sup>85</sup>.

La vinculación de un contratante, por las propias declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades promocionales de productos o servicios y por las que provengan de un tercero, se prevé tanto en las dos propuestas españolas (Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos<sup>86</sup> y Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>87</sup>) como en los textos internacionales del moderno Derecho de contratos. Así, en los artículos 6:101 (2) y (3) PECL<sup>88</sup> y II.-9: 102 (2) y (4) DCFR<sup>89</sup>. La diferencia en estos dos últimos textos en cuanto a la vinculación del contratante profesional por la publicidad procedente de un tercero, radica en que los PECL no excluyen tal vinculación, aunque se trate de relaciones entre empresarios. Por el contrario, en el DCFR la vinculación del contratante profesional solo juega cuando la otra parte es un consumidor.

Mucho más complicada se plantea aún, desde la dogmática tradicional, la determinación de la responsabilidad del propio tercero

<sup>84</sup> Así MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1028.

<sup>85</sup> En este sentido CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 534.

<sup>86</sup> Artículo 1276 PMCC: «*Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos*» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 55).

<sup>87</sup> Artículo 525-3. Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales. «1. *Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta.* 2. *No impide la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante empresario, este no haya excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto o servicio, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización de la que forman parte empresario y tercero*» (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 681).

<sup>88</sup> LANDO/BEALE (ed.), 2000, p. 299.

<sup>89</sup> Consúltense STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 582.

anunciante (con frecuencia el fabricante) ante el incumplimiento de un contrato por falta de conformidad del bien imputable a la publicidad, del que aquel no es parte. Este es justo el caso de la sentencia comentada, y en ella el Tribunal Supremo opta por reconducir la responsabilidad del fabricante al ámbito de la responsabilidad contractual, excepcionando el principio de la relatividad de los contratos. La tesis del tribunal se sustenta en que, aunque fabricante y consumidor no estén ligados en sentido estricto por un contrato (el de compraventa del vehículo), existen ciertos vínculos jurídicos entre ambos (como la posibilidad de exigir las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto) que dan lugar a una acción directa del consumidor hacia el fabricante. Ellos son, además, según el tribunal, los sujetos realmente relevantes en el proceso de distribución de los automóviles, mientras que el vendedor es solo un sujeto intermedio.

Acoge el Tribunal Supremo, por segunda vez en estos pleitos contra Volkswagen, la afirmación de una acción directa del consumidor hacia el fabricante en base al «contacto social», por obra de la técnica publicitaria y de la confianza inducida en general por el fabricante en la bondad del producto, tesis que en la práctica no ha tenido mucha acogida en España<sup>90</sup>. La otra gran alternativa que se abre sería encauzar este tipo de demandas contra el fabricante por la vía de la responsabilidad extracontractual por aplicación del artículo 1902 CC, que será examinada más adelante.

### **3.2 Segundo argumento: la responsabilidad contractual del fabricante es extensible a la empresa distribuidora por actos propios**

El Juzgado de Primera Instancia en la sentencia objeto del presente comentario entiende que Vaesa carece de legitimación pasiva porque todas las acciones ejercitadas en la demanda tienen naturaleza contractual y aquella no ha sido parte en el contrato de compraventa del vehículo al poseer la mera condición de importadora o distribuidora en España de los vehículos del grupo Volkswagen. El adquirente del coche la demanda en cuanto fabricante del vehículo, pero el fabricante es realmente Volkswagen AG.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante comprador y reitera la argumentación de la sentencia de primera instancia respecto a la falta de legitimación pasiva de Vaesa en relación a las acciones alegadas en la

---

<sup>90</sup> En este sentido PARRA LUCÁN, 2014, p. 195, que considera como artificiosas y con grandes inconvenientes desde el punto de vista técnico las distintas teorías que se han esgrimido para excepcionar el principio de la eficacia relativa de los contratos.

demanda, que exigen ser parte en el contrato de compraventa. Señala que, aunque excepcionalmente se admiten por la jurisprudencia otros criterios de atribución de legitimación pasiva, como el reconocimiento extraprocésal de la condición de legitimado, no los estima de aplicación a este caso concreto en la medida en que «*Vaesa nunca ha actuado revestida de la apariencia de ser diseñador o fabricante de los motores o vendedor de los vehículos y tampoco ha realizado actos de asunción de responsabilidad pues en sus comunicaciones con el comprador siempre ha declarado actuar en nombre de la matriz, Volkswagen AG.*». Igualmente añade que «*La mera pertenencia a un grupo de empresas o la íntegra participación de una mercantil por otra diferente a la que se imputa responsabilidad por un evento dañoso, no permiten incurrir en confusión de personalidades ni de patrimonios.*».

En el fundamento 3.º de la sentencia el Tribunal Supremo mantiene una tesis absolutamente contraria a la de la Audiencia Provincial. De acuerdo con la misma, la carta que Vaesa dirige al demandante, adquirente del vehículo equipado con el software ilegal, y que se presenta por este como prueba en el litigio, constituye expresión de una verdadera asunción de legitimación por parte de Vaesa en la que los destinatarios podían confiar. Precisamente lo que explica su comportamiento de asumir en nuestro país, a través de la carta que envía a los adquirentes, la posición de responsabilidad propia del fabricante, es el hecho de que sea algo más que una sociedad del grupo Volkswagen. La realidad es que está íntegramente participada por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo. Los términos en los que en la carta se dirige a los consumidores expresan con claridad la asunción de la responsabilidad propia del fabricante, manifiesta al reconocer que la incidencia afectaba directamente al vehículo del demandante y al comunicar cómo se solucionaría la misma y su realización a través de sus Servicios Oficiales<sup>91</sup>.

De acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Supremo la negación de responsabilidad por parte de Vaesa va contra la doctrina de los actos propios. Sin duda detrás de la argumentación del tribunal

---

<sup>91</sup> CARRASCO PERERA, *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 2, al posicionarse en contra de que la vía más adecuada para afirmar la responsabilidad de la fabricante sea la contractual, critica que del envío y términos de la carta pueda extraerse la consecuencia de que Vaesa está legitimada pasivamente en la acción de responsabilidad contractual, en la medida en que el fabricante, a su juicio, tampoco lo está. Según este autor el TS tendría que haber explicado que las declaraciones de Vaesa llevaban consigo la asunción, frente a los compradores, de la posición contractual de todos los concesionarios vendedores y, por tanto, no de la empresa fabricante. Claro, que ello no sería coherente con la afirmación que el tribunal realiza con posterioridad en la sentencia sosteniendo que los vendedores no incurrir en responsabilidad al no ser conscientes de la existencia del fraude.

de reconocer como legitimada pasivamente a Vaesa está el hecho de la dificultad que supondría para los consumidores la litigación en Alemania contra la fabricante o, en caso contrario, el gasto que llevaría consigo la interposición del pleito en España contra Volkswagen AG, con la consiguiente traducción al alemán de la demanda y de toda la documentación, debiendo pedirse con posterioridad la ejecución de la sentencia en el país vecino. Al solicitarse en este tipo de reclamaciones individuales una cantidad no elevada, de hecho, se estaría privando a los adquirentes de poder llevar a cabo la defensa de su derecho.

La misma argumentación del Tribunal Supremo es la que han mantenido otras sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven casos del Dieselgate. Frente a la argumentación sostenida por Vaesa en los diferentes pleitos, en el sentido de que ella no es más que una gestora de incidentes entre la red de concesionarios y el fabricante, se ha mantenido en las sentencias de segunda instancia que, extrajudicialmente, Vaesa se ha presentado ante los consumidores como la encargada de evitar cualquier perjuicio derivado de la instalación del dispositivo ilegal, de modo que lo lógico es que los compradores, en consecuencia, le exijan responsabilidad judicialmente<sup>92</sup>.

#### 4. ESTUDIO DE UNA POSIBLE ALTERNATIVA: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL FABRICANTE

El Tribunal Supremo considera, como ha podido constatarse con anterioridad, que Vaesa (distribuidora) asume, en virtud de los actos propios, la responsabilidad contractual del fabricante Volkswagen AG. A mi juicio, sin embargo, debería concluirse que la responsabilidad del fabricante no vendedor es extracontractual, dado el espíritu de la regulación normativa de la responsabilidad por faltas de conformidad, junto al principio de la eficacia relativa de los contratos. Analizo, a continuación, la viabilidad de dos diferentes cauces para reclamar dicha responsabilidad, o bien la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos (arts. 128 ss TRLGDCU), o bien la normativa común reguladora de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss CC).

---

<sup>92</sup> Así, las SSAP de las Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 29/2018 de 25 de enero; Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero; Cantabria (sección 2.ª) núm. 158/2018 de 13 de marzo e Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 334/2017 de 20 de octubre (AC 2017\1677. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen).

#### 4.1 Responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos en virtud del TRLGDCU

En nuestro caso concreto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de marzo de 2018, al estudiar el recurso de apelación interpuesto por el comprador, explica que no se han ejercitado nominalmente en la demanda contra Vaesa las acciones de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos contempladas en el TRLGDCU, y que no se invocan ni siquiera los preceptos que las regulan. Recuerda también que la demanda del comprador se basó exclusivamente en la invocación de los artículos correspondientes a las normas de obligaciones y contratos del CC. Por tanto, estima que el recurrente, al invocar ahora en apelación el TRLGDCU, está introduciendo una cuestión nueva, que no fue debatida en primera instancia.

Igualmente señala que, para que puedan entrar en juego las normas de la responsabilidad objetiva, siempre es preciso que haya una acción u omisión por parte de la demandada. La acción que da lugar al daño consiste en el diseño del software ilícito o en su implantación en los motores, de modo que, en todo caso, solo podría responsabilizarse a la diseñadora o fabricante del software (Volkswagen AG), pero no a Vaesa (distribuidora). Considera, además, que la causa de pedir tampoco parece identificarse con el ámbito de aplicación de las acciones derivadas de los artículos 128, 129 y 142 TRLGDCU. El Tribunal Supremo no entra, desde luego, a examinar este cauce, pero merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, a analizar el mismo para concluir que en ningún caso hubiera tenido éxito la reclamación del consumidor de reparación, tanto de los daños materiales como morales, en virtud de la normativa específica de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos del citado texto refundido.

Ya de inicio es muy discutible que los vehículos equipados con el software ilegal puedan considerarse productos defectuosos en el sentido de la definición que proporciona el artículo 137 TRLGDCU. La noción de defecto que ofrece el citado precepto es extraña a la del Código Civil, en cuanto aquella se vincula con la idea de seguridad del producto<sup>93</sup>. Así, producto defectuoso es aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y, en especial, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. Producto inseguro no equivale tampoco a

<sup>93</sup> Señala PARRA LUCÁN, M. A., «Artículo 137 TRLGDCU», 2015, p. 1966, que se trata de un concepto importado de la experiencia de EEUU en materia de products liability.

producto peligroso, ya que estos últimos, si son usados de modo correcto, no cabe sostener que sean inseguros. Desde luego, tal y como ha quedado corroborado en todos los litigios del Dieseltgate, estos vehículos no presentan problemas de conducción o de seguridad en ningún momento.

No obstante lo anteriormente dicho, cabe plantearse dos tipos de cuestiones. La primera, desde el punto de vista subjetivo, si, en atención al TRLGDCU, debería responder, en su caso, de los daños causados al adquirente del vehículo, o Vaesa (como distribuidora) o Volkswagen (como fabricante). La segunda cuestión, desde el punto de vista objetivo, es si en la normativa específica de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos del TRLGDCU encajaría la reclamación de los daños materiales causados en el propio producto defectuoso (instalación del software ilegal) y de los daños morales sufridos por el comprador a causa de la manipulación de Volkswagen.

En relación con la primera cuestión, parece claro que quien debe responder como regla general de los daños causados por productos defectuosos, de acuerdo con el régimen previsto en el TRLGDCU, es el fabricante (aquí sí es directa y principal la acción contra el fabricante, frente a su carácter subsidiario en las acciones por falta de conformidad). El párrafo 2.º del artículo 138 del citado texto normativo señala que solo responderá el proveedor si el productor no puede ser identificado y en el plazo de tres meses aquel no ha indicado al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera a él suministrado o facilitado el producto<sup>94</sup>. El artículo 7 TRLGDCU proporciona un concepto de proveedor, considerando que es tal «*el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*». La responsabilidad, por consiguiente, del suministrador o del distribuidor de los productos es de carácter subsidiaria<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> La STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020/646. Ponente: Excm.a Sra. M.ª Angeles Parra Lucán), atendiendo a la finalidad del artículo 138.2 TRLGDCU, señala en el fundamento 3.º «(...) *debe entenderse que no es precisa una imposibilidad absoluta de identificación del productor, sino que, en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor. Estas circunstancias dependerán de cada caso, puesto que los supuestos por los que puede no estar identificado el productor son, de hecho, muy diferentes (el producto se comercializó a granel, se destruyó con el siniestro, existen complejos entramados societarios entre todas las empresas que intervienen en la producción y distribución de los productos, etc.)*».

<sup>95</sup> En todo caso es preciso completar esta información con lo dispuesto en el artículo 146 TRLGDCU, el cual establece una previsión específica de equiparación del proveedor con el productor, a efectos de responsabilidad, para el caso de que el proveedor haya incurrido en dolo: «*El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor*».

Dos son las razones apuntadas para que se considere responsable principal al productor y, solo de forma subsidiaria, al proveedor cuando aquel no puede ser identificado. La primera radica en el hecho de que normalmente el productor es el causante de los defectos de los productos y quien, por consiguiente, se halla en condiciones más adecuadas de prevenirlos y evitarlos. La segunda razón esgrimida es que se estimó más conveniente que no se multiplicaran los seguros de responsabilidad civil entre los distintos miembros de la cadena de elaboración y distribución de los productos, cuando es el fabricante quien se halla en mejor posición de absorber el daño a través de los precios y de su repercusión en el seguro que concierte<sup>96</sup>.

Una vez identificado el productor, el proveedor ya no tendría responsabilidad en virtud del régimen específico de los daños por productos defectuosos del TRLGDCU, pero otra cosa diferente es que se le podría reclamar responsabilidad civil por las normas generales de la responsabilidad por culpa (artículos 1902 y ss CC). En este sentido se ha apuntado que, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que es contraria a la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos<sup>97</sup>, una norma estatal que establezca la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que el fabricante, admite, por el contrario, la compatibilidad de la Directiva con las normas nacionales que imputan responsabilidad al distribuidor conforme a criterios de responsabilidad por culpa o las tradicionales sobre responsabilidad por vicios<sup>98</sup>.

En relación con la segunda cuestión planteada, no parece, en primer lugar, que las acciones de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos del TRLGDCU sean las adecuadas para reparar los daños materiales sufridos por el propio vehículo. Así, el artículo 142 de dicha normativa señala 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*». Este precepto deja claro de modo explícito que hay un bien cuya destrucción o deterioro queda fuera del daño

<sup>96</sup> Da cuenta de ambas razones PARRA LUCÁN, «Artículo 138 TRLGDCU», 2015, p. 1996.

<sup>97</sup> DO núm. L 210, de 7 de agosto de 1985.

<sup>98</sup> PARRA LUCÁN, «Artículo 138 TRLGDCU», 2015, p. 2009, citando las SSTJUE de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000), de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003) y 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005).

reparable por la responsabilidad por el producto: el propio producto cuyo defecto es presupuesto de la responsabilidad. La razón es que en esta hipótesis se está ante una materia de naturaleza contractual, pues el defecto del producto implica que este no pueda servir, de forma temporal o permanente, para su finalidad de uso. El legislador, a través de lo preceptuado en el artículo 142 TRLGDCU, está presumiendo que las normas del régimen contractual son las más adecuadas para el interés conjunto de los contratantes (remedios generales ante el incumplimiento, acciones por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo del propio TRLGDCU...). Por su parte, la responsabilidad por productos solo prevé el remedio indemnizatorio<sup>99</sup>.

Respecto a la otra pretensión del comprador demandante en la sentencia objeto del presente comentario, la reparación de los daños morales sufridos a causa de la instalación del software ilegal, no queda cubierta por los artículos 128 y 129 TRLGDCU. El último de estos preceptos, en su primer párrafo, señala, sin aludir a los daños morales, que *«El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado»*. Después, el artículo 128 expresamente excluye los daños morales del ámbito del Texto Refundido: *«Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar»*. Es decir, el legislador

<sup>99</sup> En este sentido se pronuncia GÓMEZ POMAR, 2008, pp. 688-689. El mismo admite la dificultad intrínseca de delimitar lo que es el producto defectuoso como tal de lo que son sus componentes; delimitación que podría tener relevancia en el caso objeto del presente comentario. Por ejemplo, podría considerarse el neumático como producto defectuoso y estimar el vehículo como un bien distinto al producto defectuoso, y ello incidiría en el sujeto responsable, porque según el TRLGDCU la responsabilidad por producto defectuoso recae en el fabricante y de modo excepcional, en el proveedor; mientras que en el régimen contractual la responsabilidad habrá que reclamarla como regla general, a la parte contratante. No obstante, a juicio de este autor (p. 692), no deben considerarse producto de forma independiente los elementos, componentes o integrantes del bien que se vendió y se compró como un objeto unitario. Así, si uno de los componentes es defectuoso (en nuestro caso el software ilegal) y ello implica un deterioro del producto (automóvil) no estaríamos dentro de la responsabilidad por producto defectuoso sino en el ámbito contractual.

español opta por remitir en bloque la reparación de los daños morales a la legislación civil general, es decir, a las normas que sean de pertinente aplicación en cada caso, o bien a las de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss CC), o bien a las de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss CC)<sup>100</sup>.

La doctrina, que comparte mayoritariamente la tesis de que los daños morales están excluidos del TRLGDCU<sup>101</sup>, explica que, no obstante, el legislador español podría haberlos incluido en dicho texto normativo en cuanto la Directiva 85/374/CEE no impide en su artículo 9 que los ordenamientos nacionales decidan indemnizar bajo la normativa específica, los daños morales derivados de la muerte o lesión corporal de una persona, o incluso de los derivados de la destrucción o deterioro de un bien que no sea el producto defectuoso en cuestión. La libertad que deja la Directiva 85/374/CEE a cada legislador en este extremo se debe a la imposibilidad entre los estados miembros de llegar a un consenso sobre la indemnización del daño moral, en cuanto que en el momento de la promulgación de la Directiva eran mucho más distantes que hoy en este extremo concreto<sup>102</sup>. No obstante, el legislador español pareció interpretar el citado artículo 9 de la Directiva en el sentido de que los Estados miembros no podían establecer la indemnización de los daños morales conforme al régimen específico de la responsabilidad por productos.

Como conclusión del análisis hecho en este epígrafe, no cabe sustentar la condena, ni de la fabricante Volkswagen, ni de la distribuidora Vaesa, a la reparación de los daños morales y de los materiales causados en el propio vehículo en la normativa específica de la responsabilidad por productos defectuosos de los artículos 128 ss TRLGDCU.

## 4.2 Responsabilidad extracontractual del fabricante en virtud de la normativa del Código civil

Ya en relación con la anterior sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, primer pronunciamiento sobre el Dieseltgate, Carrasco Perera<sup>103</sup> no se mostraba conforme con la afirmación de la responsabilidad contractual del fabricante por la

<sup>100</sup> En este sentido PARRA LUCÁN, «Artículo 128 TRLGDCU», 2015, p. 1867.

<sup>101</sup> Entre otros, AZPARREN LUCAS, «Artículo 128 TRLGDCU», 2011, p. 1169 y MARTÍN-CASALS, 2005, p. 59.

<sup>102</sup> Así GÓMEZ POMAR, 2008, pp. 668-669. Por su parte HOWELLS, 2005, p. 210, considera que sería útil que la reparación de los daños no patrimoniales en este ámbito se extendiera en todos los ordenamientos.

<sup>103</sup> 2021, 23/82.

vía de los artículos 1101 ss CC a través de una determinada lectura flexible del principio de la eficacia relativa de los contratos del artículo 1257 CC.

Pero, como ya ha quedado puesto de relieve en anteriores epígrafes, tampoco el actual TRLGDCU constituye una herramienta útil para sustentar la condena del fabricante a indemnizar los daños y perjuicios causados al consumidor por la falta de conformidad del bien imputable a aquel: contempla solo una responsabilidad subsidiaria del fabricante dirigida de forma exclusiva a la reparación o sustitución del bien y se limita a reenviar, para el ejercicio de la indemnización de daños y perjuicios, a la legislación civil general, con lo que de nuevo nos encontramos con el obstáculo del principio de la eficacia relativa de los contratos.

En sus apreciaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 Carrasco Perera señalaba que quizás la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tras su pronunciamiento, dictara otra futura decisión en la que reconociera una especie de responsabilidad extracontractual específica del fabricante, distinta a la fundamentada en la Directiva de Daños causados por productos defectuosos (efectivamente, en el epígrafe anterior se ha constatado cómo tampoco los artículos 128 ss TRLGDCU proporcionan cobertura para la reparación por el fabricante de los daños morales y materiales causados en el propio vehículo). El citado autor terminaba apuntando que «*Con todo, por el modo con que el asunto del Dieselgate se ha planteado en los tribunales de instancia españoles y por el esfuerzo constructivo de la sala alrededor del art. 1257 CC, me parece una opción poco probable*»<sup>104</sup>. Desde luego el tiempo le ha dado la razón. La STS de 23 de julio de 2021 vuelve a establecer el mismo enfoque e hilo argumental que la de 11 de marzo de 2020.

En idéntica línea de manifestación de insatisfacción se muestra Parra Lucán, en cuanto califica como artificiosos los intentos y esfuerzos hechos en nuestro ordenamiento de intentar atribuir al comprador una acción de naturaleza contractual contra el fabricante que no le ha suministrado directamente el producto<sup>105</sup>. Explica que el motivo de fondo que ha llevado a la jurisprudencia a superar el principio de relatividad del contrato ha sido la constatación de que en el actual sistema de producción y distribución al vendedor le resulta sencillo acreditar que desconocía que el bien tuviera un defecto o vicio. Señala que la necesidad de garantizar una adecuada tutela al consumidor en cuanto tal y no en cuanto adquirente de

<sup>104</sup> CARRASCO PERERA, 2021, 23/84.

<sup>105</sup> 2014, pp. 195-196.

los bienes apunta a la responsabilidad civil extracontractual como una mejor vía de solución. Ello conduce a interrogarse sobre si la víctima de un daño causado por un producto que ella misma adquirió puede renunciar a su condición de contratante y ubicarse en la perspectiva extracontractual para lograr una indemnización por los perjuicios sufridos.

El problema es que la fórmula de la responsabilidad extracontractual por las normas generales del CC tampoco es una solución exenta de complejidad para el consumidor. Así, el perjudicado debe acreditar los presupuestos exigidos en el artículo 1902 CC, algunos de difícil prueba para él, como la identificación de acciones u omisiones del fabricante o distribuidor relativas al proceso de producción y distribución, la culpa y la relación de causalidad<sup>106</sup>. Ahora bien, precisamente en el caso de la sentencia objeto de comentario no resultaría tan compleja la acreditación de tales extremos en la medida en que el propio fabricante Volkswagen reconoció públicamente los hechos constitutivos del fraude.

Pero para el resto de los casos distintos al Dieseltgate que pudieran resolverse en un futuro próximo por los tribunales, respecto de los cuales sí se plantearían serios problemas de prueba para el consumidor en relación al artículo 1902 CC, la mejor solución pasaría por una intervención del legislador, de modo que regule específicamente la acción directa del consumidor hacia el productor no vendedor cuando el incumplimiento contractual sea a este último imputable.

#### 4.3 Uso de la fórmula de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento alemán

En el ordenamiento jurídico alemán la vía que ha tenido éxito para responder a la reclamación del consumidor por los daños ocasionados por la instalación del software ilegal ha sido la responsabilidad extracontractual.

La litigiosidad contra la empresa fabricante Volkswagen en Alemania ha sido elevada, y cabe distinguir tres grandes bloques

---

<sup>106</sup> PARRA LUCÁN, 2014, pp. 197-198. Esta autora explica (pp. 199-201) que, a partir de la promulgación en el ordenamiento español de un régimen especial más estricto de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos, la jurisprudencia ha permitido en ciertos casos un proceso de adaptación del artículo 1902 CC en el ámbito de este tipo de daños, en el sentido de que, aunque el criterio de imputación es la culpa o la negligencia, se ha facilitado su acreditación con la prueba del carácter defectuoso del producto. Señala esta misma dificultad de encauzar la demanda contra el fabricante y el distribuidor en los casos del Dieseltgate por el cauce del artículo 2043 del Código Civil italiano (precepto básico regulador de la normativa de responsabilidad extracontractual) Posto, 2017, p. 58.

en cuanto a los procedimientos civiles seguidos en dicho país<sup>107</sup>. Por una parte, ubicado en un primer bloque, el 1 de noviembre de 2018 se inició un procedimiento modelo (*Musterfeststellungsverfahren*) contra Volkswagen, es decir, una acción colectiva en sentido estricto ante el *Oberlandesgericht* de la Baja Sajonia, al que se adhirieron más de 400.000 usuarios<sup>108</sup>. El procedimiento se instó por la organización de consumidores de nivel federal que agrupa al resto de organizaciones de los *Länder*, junto con la asociación alemana del automóvil ADAC.

El 28 de febrero de 2020 los demandantes y la empresa fabricante Volkswagen anunciaron el logro de una transacción extrajudicial mediante la cual los primeros se comprometían a desistir del proceso a cambio de que la fabricante hiciera a los consumidores adheridos una propuesta indemnizatoria, con fecha límite de aceptación el 20 de abril de 2020. La razón de tal plazo máximo es que la vista del primer pronunciamiento relativo al Dieseltgate estaba fijada ante el *Bundesgerichtshof* (en adelante BGH) para el día 5 de mayo siguiente. Parece que la fabricante alemana quería evitar los efectos de una sentencia desfavorable y ofreció a los consumidores el pago de cierta suma, que les sería abonada en las 12 semanas siguientes. A cambio, los consumidores deberían renunciar a todas las acciones disponibles contra Volkswagen u otras empresas del grupo, salvo aquellas que podrían interponer si las autoridades medioambientales retiraban en el futuro la autorización administrativa para la circulación de los vehículos afectados.

El citado acuerdo beneficiaba sólo a quienes hubiesen comprado su vehículo hasta el 31 de diciembre de 2015 y a los residentes en Alemania, quedando excluidos del mismo los pequeños empresarios o trabajadores autónomos que habían adquirido o tomado en leasing vehículos diésel del fabricante para llevar a cabo su negocio. De los más de 400.000 consumidores que se adhirieron en un inicio al proceso modelo pudieron beneficiarse finalmente, del acuerdo unos 260.000, recibiendo como compensación una cantidad que variaba entre 1.350 y 6.257 euros, según el tipo de vehículo y la fecha de su adquisición<sup>109</sup>.

En un segundo bloque, según datos proporcionados por la *Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft*, organiza-

<sup>107</sup> Esta información puede encontrarse con mucho detalle en ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 1 ss.

<sup>108</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 43, explica que el proceso modelo en materia de consumo para exigir responsabilidad a Volkswagen fue introducido en los párrafos 606 a 614 ZPO. Se trata de una ley impulsada por las autoridades alemanas como respuesta a las quejas de los afectados por el escándalo Dieseltgate, razón por la que se la conoce comúnmente como *Lex Volkswagen*.

<sup>109</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 41-42.

ción formada por las compañías aseguradoras alemanas, hacia finales de 2018 unos 144.000 compradores de vehículos habían hecho valer su seguro de asistencia jurídica en relación con las demandas civiles interpuestas en los tribunales de los *Länder* contra la sociedad fabricante y concesionarios, calculadas aproximadamente en unos 3.300 millones de euros<sup>110</sup>.

Ya respecto a un tercer bloque, muchos adquirentes de vehículos han utilizado el instrumento de la cesión fiduciaria (*Inkassoession*), por la que transmiten sus derechos a cobrar la indemnización a una determinada entidad. Por medio de este negocio fiduciario, la entidad especializada se compromete, una vez que ejercita con éxito la reclamación judicial para cobrar la indemnización, a devolver al comprador la suma obtenida, de la que se descuenta el porcentaje que se acordó inicialmente como precio. Un elevado número de las reclamaciones contra el fabricante en Alemania se están llevando a cabo a través de esta vía. De hecho, empresas como *Financialright GmbH* o *myRight* se han convertido, a través de sus plataformas electrónicas, en las cesionarias de miles de afectados<sup>111</sup>.

Ha sido precisamente una demanda iniciada por la plataforma *myRight* la que ha dado lugar al primer pronunciamiento del BGH sobre el Dieseltgate, con fecha de 25 de mayo de 2020<sup>112</sup>, en el que se confirma la sentencia condenatoria dictada contra Volkswagen en apelación el 12 de junio de 2019 por el *Oberlandesgericht* de Coblenza.

El comprador Herbert Gilbert, de 65 años, que adquiere el 10 de enero de 2014 un Volkswagen Sharan 2.0 TDI match, equipado con un motor diesel del tipo EA189, de segunda mano, demanda a la fabricante alemana reclamando el precio total de compra del vehículo (31.490 euros). El actor argumentó que había confiado en la publicidad de la marca, convencido de que estaba adquiriendo un vehículo ecológico. En primera instancia se desestimó el recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2017. El tribunal Superior de Justicia de Coblenza, por el contrario, condenó a Volkswagen a pagar al comprador demandante 25.616 euros, al descontar del precio de compra el valor del uso del vehículo ya consumido, y condenó al comprador a la devolución del vehículo. Tanto el fabricante como el demandante interpusieron recurso contra dicha sentencia.

<sup>110</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 42. Proporciona información sobre dichas demandas HEESE, *JZ*, 9/2019, p. 431.

<sup>111</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 42.

<sup>112</sup> Accesible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2020&anz=73&pos=10&nr=106368&linked=ur&Blank=1&file=dokument.pdfdokument.pdf> (fecha de consulta: 5/01/2022).

Finalmente, el BGH confirma la sentencia de apelación<sup>113</sup>. La condena a la indemnización posee como fundamento el parágrafo 826 BGB, precepto ubicado en sede de responsabilidad extracontractual, el cual señala «*Quien causa dolosamente daños a tercero de una forma que ofende las buenas costumbres, está obligado al resarcimiento*»<sup>114</sup>. El comportamiento del fabricante se estima por el tribunal inmoral, inaceptable desde el punto de vista social y especialmente reprochable al haber engañado a los consumidores mediante la equipación de los vehículos con un software ilegal<sup>115</sup>.

Carrasco Perera lleva a cabo una serie de reflexiones acerca de cuál es la naturaleza jurídica del daño sufrido en este caso concreto por el consumidor<sup>116</sup>. Como el tribunal no fundamenta la argumentación en virtud del parágrafo 823 BGB no se requiere que el demandante acredite que el comportamiento doloso ha lesionado los bienes jurídicos en él recogidos; así, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o la propiedad<sup>117</sup>. Tampoco puede basar su fallo el BGH en que se indemnice por el fabricante el posible daño no patrimonial sufrido por el comprador del coche con el incumplimiento del contrato (como sí hace, por el contrario, la STS de 23 de julio de 2021), porque el tribunal se encuentra con la limitación del parágrafo 253 (2) BGB. Tal parágrafo, aunque parezca que ha

<sup>113</sup> Considera PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1177, que el efecto de la sentencia es más restringido de lo que en principio puede parecer. En primer lugar, el tiempo es un factor favorable a la empresa fabricante, en cuanto, dependiendo del tiempo transcurrido desde la compra hasta la interposición de la demanda, el reembolso del precio que pudiera producirse en futuros pronunciamientos supondría un coste no demasiado alto para Volkswagen, al entender el BGH que ha de descontarse la depreciación por el uso del coche. Por otra parte, la propia sentencia pone límite a las demandas, ya que, a partir de septiembre de 2015, momento en el que la empresa admite públicamente el fraude y publica el listado de coches con el software ilegal, los compradores ya eran conscientes de lo que adquirían y no tenían derecho a reclamar una indemnización.

<sup>114</sup> Señalan MARKESINIS/UNBERATH, 2002, p. 889, que este parágrafo es un precepto residual que ha servido y sirve para todo tipo de propósitos. Desde el punto de vista subjetivo es el parágrafo más estrecho de las disposiciones generales ya que es preciso que el demandante acredite la existencia de la intención del autor del daño, incluyendo tanto el dolo directo como el dolo eventual. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo es un precepto ancho; de hecho, los citados autores lo califican como el más general, vago y difuso del BGB. En él la noción de ilicitud no viene determinada en función de la vulneración de un listado de intereses protegidos, como sí ocurre en el parágrafo 823 BGB, sino que la determinación de dicho presupuesto se deja a la discrecionalidad del juez, que debe decidir tomando como referencia el concepto flexible de *boni mores*. Desde luego ello no significa que el resultado final dependa de las ideas personales y preferencias del juez, pero en la práctica esta fórmula le otorga poderes pretorianos.

<sup>115</sup> HEESE, JZ, 9/2019, p. 432 y nota de pie de página 67, explica que, antes de que se dictara la sentencia del BGH, ya eran mayoritarias las decisiones de los tribunales superiores de Justicia de los Länder que condenaban a Volkswagen a indemnizar a los consumidores individuales en base al § 826 BGB.

<sup>116</sup> 2021, 23/88.

<sup>117</sup> § 823 (1). «*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*» ([https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_823.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html))

abierto el estrecho campo de la reparación del daño no patrimonial contractual en el ordenamiento alemán, en realidad no lo hace, en cuanto solo permite que se indemnice el que resulte de la violación de uno de los derechos o intereses que la propia norma prevé (cuerpo, salud, libertad o autodeterminación sexual)<sup>118</sup>. Como cabe apreciar, ninguno de estos derechos queda vulnerado en los casos del *Dieselgate*.

El citado autor concluye que el contrato es el daño, no por haberse celebrado un contrato que sea lesivo en términos económicos, sino por haberse celebrado un contrato que, de haberse conocido el fraude por el comprador, no lo hubiera llevado a cabo. Carrasco Perera lo califica como un daño puramente jurídico. Se trata, en su opinión, de la lesión de un derecho de determinación jurídica, cuyo contenido y resultados económicos reales carecen de relevancia. El resarcimiento consiste en la ineficacia retroactiva articulada por la vía de la responsabilidad aquiliana y no por la nulidad por vicios del consentimiento<sup>119</sup>.

A mi juicio, dos son las conclusiones que cabe extraer del pronunciamiento del BGH. Por una parte, la solución específica a la que llega no parece trasladable al ordenamiento español en cuanto aquella se fundamenta en el § 826 BGB y carecemos de un precepto semejante. Por otra parte, a través del citado párrafo y por el cauce, por tanto, de la responsabilidad extracontractual llega a un resultado próximo al que se obtendría con la anulabilidad del contrato, pero mediante el uso del § 826 BGB logra eludir el obstáculo que también hubiera supuesto en el derecho alemán el principio de la eficacia relativa de los contratos.

## 5. CONDENA POR EL TRIBUNAL SUPREMO AL PAGO POR LA DISTRIBUIDORA DE UNA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL

El comprador demandante, cuando interpone el recurso de casación, abandona todas las pretensiones referentes a la anulabilidad del contrato de compraventa, a la resolución del contrato por

---

<sup>118</sup> En este sentido véase SCHIEMANN, «Kommentar zum § 253 BGB», 2005, Rn 3 p. 275. El §253 (2) BGB afirma «*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*» (Cfr. [http:// www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_253.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html)). Véase también una revisión crítica de la reparación de los daños no patrimoniales tanto en la doctrina como en la jurisprudencia desde la promulgación del BGB en MAGNUS, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2015, pp. 289-307.

<sup>119</sup> 2021, 23/89.

incumplimiento y a la indemnización de los daños patrimoniales, manteniendo de forma exclusiva la pretensión de indemnización por daños morales.

Respecto de los daños morales, en su demanda contra el concesionario y el distribuidor, el adquirente del automóvil señala: «(...) la parte demandada deberá abonar a mi mandante la cantidad valorada de 11.376 euros en concepto de daños morales sufridos al haber sido engañado por la parte actora con la ocultación intencionada y premeditada durante la comercialización del vehículo, de la colocación de un dispositivo prohibido legalmente, habiendo estado engañado sobre la contaminación real que ha estado emitiendo su vehículo y consumo, y por las molestias ocasionadas en relación a la obligación de iniciar este procedimiento judicial, de cómo se verá afectado su vehículo en cuanto a potencia y consumo tras la reparación del mismo, así como si pasará favorablemente o no las preceptivas homologaciones técnicas para seguir circulando, las próximas inspecciones técnicas de vehículos, y cómo quedará afectado en materia de impuestos, tras las deducciones en el impuesto de vehículos, tasas municipales a la hora de circular por tratarse de un vehículo que estará a partir de ahora más penalizado por ser más contaminante, y si pudiera derivar alguna consecuencia negativa fiscal en relación a las deducciones efectuadas en el momento de la compra al tratarse de un producto “ecológico” y por lo tanto con mejor tratamiento fiscal».

El Juzgado de Primera Instancia entiende que no se ha producido un incumplimiento contractual que haya generado los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba, al no haberse acreditado por el comprador la realidad de los daños y perjuicios en la conducción real, en cuanto lo único probado era que el software ilícito alteraba las mediciones de los niveles de NOx en laboratorio, ni además se habían señalado por la parte demandante las bases para cuantificar los daños mediante una simple operación aritmética. Por su parte, la Audiencia Provincial, además de no apreciar un vínculo causal entre la conducta de las demandadas y el supuesto daño, no aprecia la existencia de un auténtico daño moral indemnizable, en cuanto, tan pronto como se dio a conocer el problema públicamente, la fabricante del producto (Volkswagen, AG) se dirigió a los compradores, a través de la distribuidora Vaesa, ofreciéndoles solucionar el problema mediante la actualización del software de forma gratuita, lo que ya suprimía sin tardanza su posible incertidumbre inicial. También entiende que no se ha producido un daño material, en la medida en que la colocación del dispositivo ilícito no supuso falta de aptitud del vehículo para circular, ni una

emisión de gases NOx superior a la de los coches de idéntica gama, ni provocó su depreciación, ni incidió negativamente en sus características y prestaciones.

En relación con la indemnización del daño moral contractual, me centraré, en particular, en las premisas en las que se basa el Tribunal Supremo para decidir su reparación y llevaré a cabo algunas apreciaciones sobre los criterios utilizados para la fijación de la cuantía de tal indemnización. Igualmente realizaré algunas reflexiones sobre la posibilidad de reparar los daños materiales en estos casos del Dieselgate.

### 5.1 Marco en el que ha de encuadrarse hoy la polémica acerca de la reparación del daño moral contractual

A día de hoy parece claro que en el ordenamiento jurídico español no puede excluirse la reparación de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual<sup>120</sup>. La pregunta crucial en la actualidad es la relativa a las condiciones que han de concurrir para que el daño moral derivado de un incumplimiento de contrato resulte indemnizable. Como luego se verá, por una parte, los textos internacionales de *soft law* del futuro Derecho Contractual no aportan pautas al respecto, más allá de llevar a cabo una admisión genérica sobre la reparación del daño moral contractual y, por otra parte, las fórmulas aportadas en otros países carecen de utilidad en el derecho español en atención a la diversidad de enfoques y criterios utilizados para resolver la cuestión<sup>121</sup>; de ahí que parece lo más práctico encontrar una posible solución con los instrumentos presentes en el ordenamiento jurídico español, en particular, los artículos 1106 y 1107 CC<sup>122</sup>.

Tanto uno como otro precepto reglamentan de forma conjunta el resarcimiento del daño contractual. El primero de ellos se ocupa de la determinación de qué partidas son indemnizables («*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*»), mientras que el segundo se ocupa de la extensión del daño resarcible («*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan*

<sup>120</sup> Así lo afirma Díez-PICAZO, 1993, p. 688.

<sup>121</sup> Para un análisis general de la cuestión en los ordenamientos jurídicos europeos pueden consultarse ROGERS (ed), 2001 y FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (ed), 2008.

<sup>122</sup> En este sentido se pronuncian SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, p. 29 y GREGORACI, 2019, p. 103.

*podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»).*

Un punto de partida inevitable siempre es la interpretación histórica del ordenamiento, aunque posteriormente haya un cambio de interpretación<sup>123</sup>. Así, respecto del artículo 1106 CC, ha de afirmarse que los redactores del mismo no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial. Cuando García Goyena comenta el artículo 1015 del Proyecto de 1851 («*Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección*»), explica que la expresión «daños y perjuicios» se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que en la estimación de estos dos conceptos nunca deberá entrar el precio de afección particular sino el común y corriente de la cosa<sup>124</sup>. Este precepto encierra, pues, un concepto economicista del daño contractual en el que, inicialmente, no encaja el daño moral, puesto que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido dañado, entendido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales<sup>125</sup>. En esta línea la doctrina y la jurisprudencia españolas, de modo tradicional, siempre han entendido que este precepto se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del CC<sup>126</sup>.

Efectivamente, el citado artículo 1106 se inspira en el artículo 1149 del Código Civil francés de 1804 («*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*»), que, tras la Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 que reforma el Derecho de los Contratos, el Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones, se mantiene inalterable en su contenido, pero no en su enumeración (pasa a ser el artículo 1231.2). Explican Mazeaud (H. y L.) y Tunc que los redactores del *Code Civil* eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual<sup>127</sup>. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban

<sup>123</sup> En este sentido, y con carácter general, MORALES MORENO, 2010, p. 96.

<sup>124</sup> 1852, p. 50.

<sup>125</sup> En este sentido IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1984, p. 1637.

<sup>126</sup> Así, a título ejemplificativo GAYOSO ARIAS, *RDP*, 1918, p. 330 y la STS 24.5.1947 (*RJ* 1947/631).

<sup>127</sup> MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC, 1965, pp. 398 y 425.

de modo categórico a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. Entre las fuentes utilizadas para redactar el *Code Civil* está el Derecho Romano, pero el Derecho Romano tal y como lo entienden los grandes juristas franceses Domat y Pothier. Puntualizan Mazeaud (H. y L.) y Tunc que, a su juicio, los citados autores tienen un conocimiento incompleto de los textos legales romanos, ya que prescinden de ciertos textos, como los del Bajo Imperio, que sí tienen en cuenta el valor de afección en la evaluación del daño ocasionado por el incumplimiento de contratos de buena fe<sup>128</sup>.

Hasta casi finales del siglo xx la indemnización del daño moral se ha considerado por la doctrina española como una de las diferencias esenciales existentes, en cuanto a su régimen jurídico, entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. En España es la jurisprudencia la que, muy pronto y de forma continuada hasta la actualidad, se encarga de afirmar el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, sin duda apoyándose en el amplio tenor literal del artículo 1902 CC («*El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado*»). Se trata de la famosa STS de 6 de diciembre de 1912<sup>129</sup>, que, además de reconocer la indemnización del daño moral, admite, igualmente por primera vez, la indemnización del derecho al honor de una joven vulnerado por la publicación en *El Liberal*, uno de los periódicos más populares de la época, de la noticia falsa acerca de la fuga de dicha

<sup>128</sup> Algo similar al ordenamiento francés sucede en el ordenamiento alemán. El originario § 253 BGB, que limita la reparación del daño no patrimonial a los casos previstos expresamente por la ley, tuvo, entre otras consecuencias, la inadmisión de la reparación del dolor y del sufrimiento cuando el fundamento de la demanda planteada era la responsabilidad civil contractual (MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, p. 9). Ello era así porque la regulación concreta del resarcimiento de los daños no patrimoniales se desarrollaba de forma exclusiva en la parte dedicada a los «Actos ilícitos», y no en la «Parte General de las Obligaciones»; por ello, la protección dispensada al daño no patrimonial se restringía al ámbito de la responsabilidad extracontractual. La consecuencia fue que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas se vieron forzadas durante mucho tiempo a ampliar la categoría del daño patrimonial para reducir los supuestos no indemnizables, considerando, en ocasiones, como patrimoniales, daños que realmente no lo eran (el disfrute vacacional), con el fin de no estar sujetos a una norma tan restrictiva. La redacción inicial del § 253 BGB, su reticencia a indemnizar con carácter general el daño no patrimonial y, en consecuencia, su no reparación en otros ámbitos de la responsabilidad distintos al extracontractual, parece que tiene su origen también en una mala comprensión pandectista del Derecho Romano (en este sentido MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 8-9). El embrión de la negativa a reparar el daño no patrimonial en el ámbito contractual en Alemania posee su origen en Savigny y en algunos otros juristas de la Escuela Histórica, que sostienen en sus obras que el Derecho Romano requiere en toda obligación que el contenido de la prestación sea exclusivamente patrimonial, e incluso que el interés del acreedor lo sea también (ampliamente RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2008, pp. 939-950).

<sup>129</sup> CL 1912, núm. 95. Ponente: Excmo. Sr. Manuel del Valle.

joven con un fraile capuchino del que se decía, además, que había tenido descendencia. El Tribunal Supremo, por el contrario, admite la reparación del daño moral contractual mucho más tarde en el tiempo, en concreto, en la STS de 9 de mayo de 1984<sup>130</sup>. El propio tribunal señala en sus posteriores decisiones que la citada sentencia es su primer pronunciamiento en este sentido<sup>131</sup>. Con anterioridad a esta primera decisión del Tribunal Supremo de 1984 existen ya voces doctrinales favorables a la reparación del daño moral contractual, como Rocés o Castán<sup>132</sup>. Pero, sin duda, es Alvarez Vigaray, en 1966, el mayor defensor de la resarcibilidad del daño moral derivado del incumplimiento del contrato<sup>133</sup>.

Ninguno de los dos preceptos actuales (arts. 1106 y 1107 CC) prohíbe la reparación del daño moral contractual, de modo que sería posible hoy en día realizar una relectura de los mismos que permitiera incluir en su ámbito el daño moral. La lectura tradicional de estos preceptos (esto es, la contemplación exclusiva del daño patrimonial) se comprende bien, además de por la opción antes

<sup>130</sup> RJ 1984/2403 (Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas). Los hechos son los siguientes: D. Adolfo Serra Babiera solicita la reparación de los daños morales sufridos a causa de la omisión por la Compañía Telefónica, en su guía de 1977, de su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono, tanto en la parte alfabética como en las páginas amarillas. Estos datos se habían incluido en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, año en que el demandante celebra con la compañía un contrato de suplemento publicitario. En concreto, el actor reclama la indemnización de un millón de las antiguas pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del año 1977. El JPI estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía telefónica al pago como indemnización de la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve de cualquier demanda. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo, confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende el Tribunal Supremo que aquí están en riesgo «la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela». Sin duda es muy discutible que en este caso se lesione el prestigio profesional del demandante, vulnerando su fama o atentando contra su propia estimación, a causa de la omisión negligente por parte de la Compañía telefónica del nombre y profesión del demandante. Ahora bien, como sí indica la propia sentencia, de la omisión de estos datos en la guía del año 1977 sí puede derivar una cierta incertidumbre en los destinatarios de la guía en cuanto a su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en una pérdida de clientela y, por consiguiente, en unas ganancias dejadas de percibir. Lo que en realidad hay aquí, pues, es un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes y, en especial, la cantidad de ingresos que ha podido perder tras la omisión de los datos, la sentencia acude a la fórmula más cómoda de indemnizar el daño moral (IGARTUA ARREGUI, CCJC, 1984, p. 1640).

<sup>131</sup> Sin embargo, es cierto que ya con anterioridad alguna sentencia aislada, como la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534) (ponente: Excmo. Sr. Tomás Ogayar y Ayllón), acoge de forma implícita el principio del resarcimiento del daño moral contractual, en la medida en que se niega la indemnización únicamente por falta de prueba del hecho generador del presunto daño moral, pero no por razón de su ubicación en el marco contractual.

<sup>132</sup> ROCES, 1928, que lleva a cabo una traducción, con concordancias y un apéndice sobre el derecho español de la obra alemana *Der schaden nach dem Bürgerlichen gesetzbuche für das Deutsche Reich* de Fischer, y CASTÁN TOBEÑAS, 1954.

<sup>133</sup> ALVAREZ VIGARAY, ADC, 1966, pp. 81 ss.

analizada del Código Civil francés, que es su fuente de inspiración, por la ubicación de la promulgación del CC en el Liberalismo, época en la que se busca fundamentalmente la protección del patrimonio. Esto explica, por una parte, que esta preocupación por la tutela del patrimonio ha impregnado desde la Codificación el Derecho Civil en general, de manera que nunca se ha protegido y se ha tratado de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento, que no es otra que la defensa de la persona. Por otra parte, ello justifica el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica.

El panorama descrito puede sufrir cambios a raíz de la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), texto en el que hay una protección integral de la persona, protección que recae tanto en su esfera personal como en su esfera económica. A la luz del texto constitucional cabría llevar a cabo una relectura del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por consiguiente, también de las normas del CC reguladoras del Derecho de Obligaciones y Contratos. Así, cuando la normativa civil manda indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento contractual, podría entenderse en la actualidad comprendido en principio, tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a su ámbito físico y psíquico.

Además, el artículo 1106 CC contiene términos generales y amplios, así, «daño» y «pérdida». En la palabra «daño» pueden entenderse comprendidos tanto el patrimonial como el moral. Por su parte, la expresión «pérdida» del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral, acorde con la definición del término de la Real Academia Española («*carencia, privación de lo que se poseía*»). Otro argumento a favor de la inclusión del daño moral en el citado artículo 1106 es que este precepto, aunque se refiere únicamente al daño patrimonial, no posee como finalidad la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial; de hecho, no hay en él una exclusión expresa del daño moral. Al revés, la doctrina ha mantenido que el sentido de esta norma es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro, frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada, que el lucro cesante también se indemniza («*no sólo... sino también*»). En absoluto ha pretendido significar que el daño emergente y el lucro cesante constituyan los límites de la reparación del daño contractual<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC», 1989, p. 669.

Es, sin duda, llamativo que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos no mencione el daño moral en los artículos 1205 y ss, cuyo objeto es la regulación del remedio de la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento del contrato. Y es sorprendente, no solo porque se aparta en este aspecto concreto de sus fuentes de inspiración (que son los textos dirigidos a la armonización del Derecho de Obligaciones en Europa, que sí admiten, como luego veremos, la reparación del daño moral contractual), sino también porque se aleja de la jurisprudencia mayoritaria actual del Tribunal Supremo español, sobre todo teniendo en cuenta que el tenor literal del artículo 1106 del CC no prohíbe de forma expresa la reparación del daño moral<sup>135</sup>. También guarda silencio sobre la reparación de este tipo de daño el artículo 518-21 de la *PCC* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En el caso concreto de la PMCC probablemente no se trate de ningún olvido inconsciente por parte de sus redactores, sino de una opción de éstos, bien sea por la falta de unanimidad existente en nuestro ordenamiento actual en este punto concreto, bien por la preferencia por un concepto estricto de daño moral, limitándose su reparación a aquellas hipótesis de incumplimiento contractual en las que se lesionen derechos de la personalidad del acreedor. Ahora bien, se ha apuntado con acierto, como posibles alternativas, o bien la conveniencia de un pronunciamiento favorable a la simple reparación del daño moral contractual en la PMCC, dejando a la labor doctrinal y jurisprudencial posterior la determinación de los criterios y condiciones de tal reparación<sup>136</sup>, o bien, al menos, la conveniencia de una toma de postura clara sobre este punto<sup>137</sup>. A mi juicio, como he indicado antes, el debate del daño moral contractual no radica tanto en la aceptación de su indemnización como en los límites a los que ésta debe sujetarse. En este sentido es preciso subrayar la relevancia de la sentencia objeto del presente comentario, STS de 23 de julio de 2021, en cuanto trata de apuntar una serie de pautas y criterios claros para decidir en qué casos y bajo qué condiciones cabe reparar en nuestro ordenamiento el daño moral contractual.

<sup>135</sup> En este sentido ROCA TRÍAS, *BMJ*, 2011, pp. 21-22.

<sup>136</sup> FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1631.

<sup>137</sup> GÓMEZ CALLE, *ADC*, 2012, p. 100.

## 5.2. Premisas del Tribunal Supremo en las que basa su decisión de condena a la reparación del daño moral contractual

El Tribunal Supremo concluye en su sentencia de 23 de julio de 2021, tras un largo razonamiento, que la distribuidora Vaesa debe indemnizar el daño moral sufrido por el consumidor demandante con la cantidad de 500 euros, desestimando la demanda, en cambio, contra la concesionaria M. Conde Premium S. L. De acuerdo con su fundamento 7.º *«El daño moral sufrido por el demandante viene causado no tanto porque los niveles reales de emisiones contaminantes sean superiores a determinados límites como por la incertidumbre y el desasosiego derivado del descubrimiento, en el contexto de un grave escándalo en la opinión pública, de que el vehículo que ha comprado incorporaba un dispositivo ilegal que falseaba los resultados de las pruebas de homologación del vehículo en lo relativo a emisiones de gases contaminantes, con consecuencias inciertas (repercusiones de la intervención que habría que realizarse en el vehículo, penalizaciones fiscales, posibilidad de paralización por no corresponder la autorización de circulación al tipo homologado debido al dispositivo de desactivación prohibido por el art. 5.1 del Reglamento 715/2007, posibilidad de restricción de acceso a determinadas zonas urbanas, etc), teniendo en cuenta la importancia que para un comprador de automóvil tiene la seguridad de que no se verá privado, aunque sea temporalmente, de su uso o restringido a determinadas áreas».*

A mi juicio, cabría distinguir hasta cuatro premisas de las que parte el Tribunal Supremo en el extenso razonamiento mantenido en su fundamento 7.º, que le conducen a concluir la condena a indemnizar el daño moral contractual a la distribuidora Vaesa.

### 5.2.1 PRIMERA PREMISA: ADOPCIÓN DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL IDENTIFICADO CON LA LESIÓN DE BIENES O DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La tesis partidaria de un concepto estricto de daño moral, que atiende a la naturaleza del derecho lesionado, restringe el daño moral a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de lesiones a derechos de la personalidad<sup>138</sup>. Así pues, tal tesis, a la que parece adherirse esta sentencia objeto del presente comentario, sostiene que no se indemnizan con carácter general los

<sup>138</sup> Partidario de tal tesis DÍEZ-PICAZO, 1999, pp. 328-329.

daños morales contractuales, ya que es poco usual que los incumplimientos de contratos lleven consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor. Cabe enumerar, no obstante, algunas excepciones de contratos en los que, de algún modo, directo o indirecto, están en juego derechos o bienes de la personalidad del acreedor.

Así, hay contratos cuyo objeto inmediato son este tipo de derechos o, al menos, la vertiente patrimonial de ciertos derechos de la personalidad: venta de memorias por un famoso a una revista, deportistas que ceden su derecho a la imagen a una determinada empresa, o paciente que contrata los servicios de un médico para que le haga una delicada operación. En segundo lugar, el incumplimiento de otros contratos puede dañar, al menos de forma secundaria, derechos de la personalidad: transportista que causa de modo imprudente lesiones a los viajeros, mandatario que no custodia con diligencia papeles íntimos del mandante, comerciante que sufre un quebranto en su buen nombre profesional al no recibir de su distribuidor los objetos que había asegurado entregar a varios clientes en una fecha determinada... Pero en la inmensa mayoría de los contratos, efectivamente, es muy complicado mantener que el incumplimiento genera una lesión de un derecho de la personalidad del acreedor<sup>139</sup>.

<sup>139</sup> Esta tesis es adoptada por el vigente ordenamiento alemán. La segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños de 19 de julio de 2002 (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), aunque mantiene todavía el principio de especialidad en el § 253 (1) *BGB*, ha introducido, con la adición de un segundo párrafo al citado parágrafo, un cambio significativo en cuanto parece suponer en principio, la ampliación de la indemnización del daño no patrimonial a otros ámbitos distintos al de la responsabilidad civil extracontractual («*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*») (Cfr. [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_253.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html)). Esta novedad se desprende de la distinta ubicación de la regulación del resarcimiento de los daños no patrimoniales, que ha pasado de su originaria ubicación en sede de responsabilidad civil extracontractual a la Parte General de las Obligaciones. Ello ha comportado de manera automática la posibilidad de que la reparación del daño no patrimonial se extienda a otras fuentes de la responsabilidad distintas de la responsabilidad extracontractual por culpa, en torno a la cual el legislador de 1896 había construido la disciplina del resarcimiento del daño. Esto es, a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo (LAMARCA I MARQUÉS/RAMOS GONZÁLEZ, *InDret* 3/2002, pp. 1-2). Ahora bien, la regulación que contiene el § 253 (2) *BGB* no supone que vaya a indemnizarse todo daño no patrimonial que surja del incumplimiento de un contrato, sino sólo el que resulte de la violación de uno de los intereses o derechos que la propia norma regula (cuerpo, salud, libertad o autodeterminación sexual). En este sentido se pronuncia LOOSCHELDERS, 2021, pp. 603-604, que cita el siguiente ejemplo: una banda va a tocar en la celebración de una boda y pocas horas antes de la misma la banda cancela la actuación por un encargo más ventajoso. La boda se celebra sin música en directo. Los novios tienen una pretensión de indemnización del daño, pero como no ha sido vulnerado ninguno de los bienes jurídicos del parágrafo 253 (2), esta pretensión no se extiende al daño moral causado por «echar a perder» la celebración de su boda.

Esta tesis doctrinal, que parte de un concepto estricto del daño moral, es elogiada en cuanto supone un freno a una aceptación indiscriminada de la reparación del daño moral contractual, y qué duda cabe de que ello aporta una deseada seguridad jurídica. Pero quizás pueda discutirse si la adopción de un concepto estricto de daño moral es el camino más adecuado para ello. Por varias razones: por una parte, resulta difícil identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar; así, el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y, sin duda, hoy en día se confunde con el de los derechos fundamentales consagrados en la *CE* 1978. Salvo en el caso de los derechos de la personalidad regulados de modo específico por la ley es complicado individualizar otros distintos. Probablemente esta tesis pueda, incluso, contribuir, sin desde luego pretenderlo, a la degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que todo el dolor o el padecimiento de una persona puede reconducirse al final a la vulneración de su derecho a la integridad física y moral, de su honor, de su intimidad personal, de su libertad ideológica, o dignidad, en sus más variadas manifestaciones<sup>140</sup>.

Por otra parte, si sólo han de repararse los daños morales consistentes en sufrimientos que traen su causa de la lesión de derechos de la personalidad, quedarían sin protección otros perjuicios no patrimoniales derivados de la vulneración de ciertos bienes o intereses que no pueden reconducirse en sentido estricto a la figura de los derechos de la personalidad, pero que son considerados dignos de tutela jurídica en nuestra sociedad actual<sup>141</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la pérdida del disfrute vacacional sufrido por una familia cuando el viaje programado queda frustrado por negligencia de la organizadora del mismo. O el supuesto del obligado desalojo de la vivienda por parte de su propietario debido al derrumbamiento total o parcial del inmueble imputable a un agente de la edificación. El placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio y el disfrute psicológico de disponer de una vivienda que cumpla sus expectativas son intereses o bienes de gran estima y valoración social en la actualidad. A los dos argumentos anteriores cabe añadir que no hay en nuestro ordenamiento un sistema de reparación basado en la lesión de derechos subjetivos. Así, en la cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC no existe ninguna lista de intereses tutelados a partir de

<sup>140</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 1716.

<sup>141</sup> En este sentido PARRA LUCÁN, *CCJC*, 1994, p. 585.

la cual pueda ligarse la producción de un daño moral con la lesión de ciertos intereses extrapatrimoniales<sup>142</sup>.

Frente a la tesis estricta del concepto del daño moral existe aquella que sostiene, por el contrario, un concepto amplio de daño moral, consistente, en primer lugar, en considerar superada la construcción del daño moral como «*pretium doloris*» y como sinónimo de ataque o lesión a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad y, en segundo lugar, en definir el perjuicio moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, también en los casos en que el interés primariamente lesionado posee naturaleza patrimonial.

Ahora bien, la adopción, sin más matizaciones, de un concepto amplio de daño no patrimonial puede conducir a consecuencias inaceptables: a reparar de forma automática, en cualquier caso, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento del contrato. Y es indudable que siempre es posible mantener la existencia de un cierto daño no material tras el incumplimiento contractual, aunque sólo sea porque, cuando el deudor incumple, el acreedor como mínimo experimenta un disgusto o una ansiedad, puesto que tenía unas expectativas claras que resultan frustradas<sup>143</sup>. Ello puede llevar consigo, ciertamente, una degradación del concepto de daño moral<sup>144</sup>. En este sentido es interesante la observación que ha hecho la doctrina, en el sentido de que ha de exigirse que la lesión moral causada por el incumplimiento contractual ha de poseer una entidad propia y separada del simple incumplimiento como hecho. Esto es, no puede ser objeto de reparación autónoma la frustración de no recibir el cumplimiento esperado o la imposibilidad de prestar el servicio a que el acreedor se había comprometido<sup>145</sup>.

Desde luego la tesis de un concepto estricto de daño moral que parece aceptar la sentencia objeto del presente comentario no es un hecho aislado en la jurisprudencia. Otros ejemplos de pronunciamientos que sostienen la misma concepción son las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010<sup>146</sup>, de 31 de octubre de 2002<sup>147</sup> o de 30 de julio de 2001<sup>148</sup>. Frente a estas decisiones judiciales cabe citar también sentencias de signo contrario, con un

<sup>142</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902 CC», 1993, p. 1972.

<sup>143</sup> IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1984, p. 1642.

<sup>144</sup> DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 322.

<sup>145</sup> ASÍ CARRASCO PERERA, 2021, 23/73. En un sentido parecido señala SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, p. 30, que el perjuicio tiene que constituir un plus a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento va implícito en toda relación contractual y así lo asume cada una de las partes contratantes.

<sup>146</sup> *RJ* 2010/5151. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>147</sup> *RJ* 2002/9736. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>148</sup> *RJ* 2001/5183. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

concepto amplio del daño moral, como las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006<sup>149</sup>, de 31 mayo de 2000<sup>150</sup>, de 22 de noviembre de 1997<sup>151</sup> o de 31 de mayo de 1983<sup>152</sup>. Es muy difícil concluir cuál de estas dos líneas jurisprudenciales está predominando hoy porque al final, la lista de bienes de la personalidad se ha ampliado tanto que no puede afirmarse con certeza que se ha optado por un criterio estricto del daño moral<sup>153</sup>.

En cualquier caso, siendo deseable la limitación de la resarcibilidad del daño moral contractual, parece que, para conseguir dicha finalidad, es mejor instrumento el uso de los criterios de imputación objetiva del daño que el uso de un concepto estricto del daño moral. En particular, es crucial acudir al fundamental criterio del fin de protección de la norma contractual.

Las sentencias de instancia que, en los casos del Dieselgate, han concedido una indemnización por el daño moral al consumidor no hay la menor duda de que emplean un concepto amplio de daño moral, identificándolo con carácter general con la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en el coche, de la incertidumbre respecto del alcance del fraude y de la 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<sup>154</sup>. En alguna decisión también se condena a indemnizar el daño moral, además de por la angustia del comprador, por las molestias de tener que pedir cita al taller y perder el tiempo en llevar el coche y recogerlo, alterando la agenda normal de cualquier persona que no debería preocuparse por estos trámites si no hubiera existido la incidencia<sup>155</sup>. Aunque se ha alegado también como posible daño moral la pérdida de confianza del comprador en el producto adquirido, se ha considerado que el

<sup>149</sup> *RJ* 2006/6548. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>150</sup> *RJ* 2000/5089. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández.

<sup>151</sup> *RJ* 1997/8097. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

<sup>152</sup> *RJ* 1983/2956. Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso.

<sup>153</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/73.

<sup>154</sup> Así, entre otras, las SSAP de Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio; Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre; Segovia (sección 1.ª) núm. 210/2018 de 12 de septiembre (AC 2018/1653. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno); Salamanca (sección 1.ª) núm. 38/2018 de 9 de febrero; Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 334/2017 de 20 de octubre; Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre e Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 424/2017 de 29 de diciembre (AC 2017/1936. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen). La cifra otorgada por la indemnización del daño moral suele ser la de 500 euros. Excepcionalmente la SAP de Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 434/2019 de 5 de noviembre (AC 2019/1726. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Alvaro Artola Fernández) confirma la sentencia del JPI, que concede la indemnización simbólica de 200 euros por el daño moral, en la medida en que el paso del tiempo ha ido desvelando que la incidencia ocurrida no tiene repercusión alguna en el buen funcionamiento de los vehículos afectados.

<sup>155</sup> SAP de Islas Baleares (sección 4.ª) núm. 77/2020 de 2 de marzo.

mismo quedaría bastante atenuado porque desde el primer momento se anunció en los medios de comunicación por el propio fabricante que la instalación del software ilegal no llevaba consigo ni la retirada de la homologación del vehículo, ni una restricción a su circulación ni incidía en la circulación segura y las prestaciones del vehículo<sup>156</sup>.

En alguna ocasión se ha utilizado, como fundamento para desestimar la petición de indemnización del daño moral, un concepto restringido de tal daño. El demandante comprador, persona jurídica, solicita que se indemnicen los daños causados a los conductores y al público en general en su salud por las emisiones excesivas emitidas por el motor fuera del ciclo de homologación, los daños a los competidores e incluso los daños a los inversores accionistas de la propia fabricante. La respuesta que da el tribunal es que el actor en ningún momento acredita que se trate de una afección directa de bienes personales, y que detrás de su petición de reparación del daño moral parece subyacer una sanción o castigo a una conducta fraudulenta, que en ningún caso tiene cabida en el derecho civil<sup>157</sup>.

Se ha alegado, por último, aunque no por parte de los pronunciamientos judiciales sino por la doctrina, el denominado daño identitario (*identity harm*), que consiste en la angustia sufrida por un consumidor que descubre que sus esfuerzos por vivir conforme a sus valores personales se han visto alterados por las promesas falsas de un vendedor o de un fabricante sobre sus productos. Experimentarían esta clase de daños aquellos compradores que, con serias convicciones ambientales, adquirieron sus vehículos no solo por sus estéticas prestaciones, sino con la firme conciencia de que era la mejor elección posible en términos de protección del medio ambiente y de la salud. Se ha considerado, con razón, que es cierto que podría existir esta frustración de la legítima confianza que debería ser reparada, pero el problema es que ello no puede concluirse sin pruebas adicionales de que esa condición concurriría en cada uno de los adquirentes afectados, ya que es muy cuestionable que todos los compradores de estos vehículos donde se ha instalado el software ilegal hayan estimado esta circunstancia como esencial en su adquisición<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> SAP Burgos (sección 3.ª) núm. 168/2019 de 29 de marzo (AC 2019/602. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero).

<sup>157</sup> En este sentido la SAP de Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero. En similar sentido las ya citadas SSAP de Barcelona (sección 1.ª) núm. 11/2019 de 21 de enero y Cantabria (sección 2.ª) sentencia núm. 158/2018 de 13 de marzo.

<sup>158</sup> En este sentido SUÑOL/MARCOS, *Almacén de Derecho*, 2021.

### 5.2.2 SEGUNDA PREMISA: DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS CON CONTENIDO PURAMENTE ECONÓMICO Y CONTRATOS SIN DICHO CONTENIDO

El razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario parece apuntar un tratamiento diferente en cuanto a la reparación del daño moral entre contratos que tienen un contenido puramente económico y los que no lo tienen. En la doctrina sí cabe hallar también esta distinción entre un primer bloque de contratos que, o bien poseen como finalidad primordial la satisfacción al acreedor de un interés de carácter inmaterial (bienestar, placer o tranquilidad), o bien, aunque su objeto inmediato no sea un interés inmaterial del acreedor, la clase de prestación o la forma en que el deudor ha de cumplirla lleva consigo el deber de respetar intereses inmateriales del acreedor (como los contratos de servicios funerarios)<sup>159</sup>. Luego hay un segundo bloque de contratos cuya finalidad es la satisfacción, principalmente, de un interés patrimonial; así, contratos en principio orientados a transmitir la propiedad o ceder el uso de cosas<sup>160</sup>. Realmente los casos difíciles son estos segundos.

Dentro de los trabajos que en los últimos años se están realizando en Europa para la construcción de un Derecho Contractual armonizado reviste un especial interés la materia de la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de contrato, ya que, frente a la regulación prevista en los códigos civiles decimonónicos, hay una admisión generalizada y explícita de la reparación de tal daño en dichos textos. Así, se reconoce como partida indemnizable en los artículos 9:501 (2) PECL<sup>161</sup>, 7.4.2 (2)

<sup>159</sup> Sobre estos grupos de casos véase SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, pp. 32-33.

<sup>160</sup> Pero, como muy bien apunta LÓPEZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 1732, la línea entre este segundo bloque de casos y el primero no es sencilla de trazar, porque, por una parte, todos los bienes son susceptibles de proporcionar disfrute moral (desde un vehículo hasta un paquete de acciones de una sociedad mercantil), y en muchos casos los bienes cuya propiedad o uso se transmite están estrechamente vinculados al disfrute del ocio. Así, la vivienda parece haber adquirido en nuestra sociedad actual una relevancia igual o mayor, incluso, que las vacaciones, ya que se ha convertido en un elemento esencial para el disfrute del tiempo libre. Por otra parte, en el caso de contratos celebrados con consumidores, hay que caer en la cuenta de que la publicidad hoy en día abarca desde el ensalzamiento de la calidad de determinados productos hasta el disfrute o la felicidad que produce su uso. Llega a afirmar este autor que lo que en realidad está ocurriendo es que la idoneidad o aptitud de un bien para procurar un determinado nivel de disfrute o satisfacción moral se está transformando en una cualidad de la cosa que, en caso de no darse finalmente, permite invocar un incumplimiento y la indemnización del daño moral derivado de la falta del disfrute prometido.

<sup>161</sup> El artículo 9:501 PECL especifica que la indemnización por el incumplimiento del contrato incluye las pérdidas no pecuniarias, sin más precisiones al respecto [LANDO/BEALE (ed.), 2000, p. 436]. El comentario oficial del precepto identifica esa pérdida no pecuniaria con el dolor, el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen a raíz del incumplimiento. Se ha sostenido que tal enumeración no constituye un *numerus clausus*, no sólo ya

PICC<sup>162</sup> y en el artículo III.-3:701 DCFR<sup>163</sup>. Por el contrario, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) no contiene ningún reconocimiento expreso del daño moral contractual en su artículo 74<sup>164</sup>.

porque las diferentes pérdidas no pecuniarias se hallan enunciadas a modo de ejemplo, sino también porque de la filosofía subyacente a la enumeración se deriva que, dentro del concepto de daño no patrimonial, puede incluirse cualquier lesión que sufran los contratantes en su ámbito personal (en este sentido PÉREZ VELÁZQUEZ, 2016, p. 243).

<sup>162</sup> El artículo 7.4.2 de la 4.ª edición de los PICC, correspondiente al año 2016, establece el derecho de la parte perjudicada a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento contractual y señala los extremos de la reparación. Su número (1) se refiere, en términos clásicos, al daño emergente y al lucro cesante. Encierra una novedad sin precedentes en el derecho del comercio internacional su número (2), que menciona los daños no pecuniarios entre los resarcibles. En concreto, señala que tal daño no pecuniario «incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional». Si se cae en la cuenta de la influencia clara que ejerce la CISG sobre los PICC no deja de sorprender la radical diferencia existente entre ambos textos en cuanto a la reparación del daño no patrimonial contractual. Desde luego puede afirmarse, sin ninguna duda, que los ejemplos de daño no patrimonial que se mencionan de modo expreso en el artículo 7.4.2 PICC, esto es, el sufrimiento físico (*physical suffering*) y la angustia emocional (*emotional distress*), no constituyen una expresión, ni acertada ni conciliadora, con el ámbito propio de la contratación internacional y del mundo empresarial, además de que únicamente pueden ser sufridos por personas físicas y no jurídicas (MCKENDRICK, «Article 7.4.2 PICC», 2015, p. 985). El sufrimiento y la angustia emocional parecen más propios de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor y, como es conocido, los contratos celebrados con consumidores están excluidos del ámbito de aplicación de los PICC.

<sup>163</sup> El DCFR prevé en el artículo III.-3:701 que el acreedor puede reclamar daños no patrimoniales por el incumplimiento contractual, que incluyen el dolor y sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida [STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 915]. Los comentarios al precepto detallan, por su parte, que el daño no económico indemnizable puede ser, a título ejemplificativo, el dolor y el sufrimiento, las molestias, la aflicción psíquica y cualquier otro deterioro de la calidad de vida que resulte del incumplimiento (*Idem*, p. 917).

<sup>164</sup> Tal precepto, que señala la regla general en materia de indemnización de daños y perjuicios, afirma que tal indemnización por el incumplimiento de contrato consiste en el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento, con el límite representado por la noción de la previsibilidad. La opinión doctrinal dominante es que el artículo 74 CISG queda restringido a la indemnización del daño patrimonial (GOTANDA, «Article 74 CISG», 2011, p. 1001). La principal razón esgrimida está relacionada directamente con el tipo de contratos que constituyen el ámbito de la Convención y con la clase de daños no patrimoniales que del incumplimiento de aquellos puede derivar. Este texto se está refiriendo a contratos con un claro contenido comercial. Así, de forma expresa el artículo 2 a) saca fuera de la Convención las compraventas de mercaderías (que el vendedor reconozca o pueda reconocer compradas) para uso personal, familiar o doméstico. El motivo fundamental para excluir las compras de consumo es, por una parte, impedir que las reglas de la Convención entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en muchos países y, por otra parte, la escasa relevancia que desde el punto de vista económico poseen tales ventas para el comercio internacional (en este sentido HONNOLD, 1987, pp. 85-87). Se ha afirmado que sólo las compraventas para uso personal, familiar o doméstico suelen causar al comprador perjuicios no patrimoniales (PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74», 1998, p. 593). Al menos cabe sostener que el sufrimiento psíquico o la angustia emocional parecen en principio daños más propios de contratos no celebrados entre profesionales. No obstante, si bien el sufrimiento psíquico o la angustia emocional son daños no patrimoniales que no parecen estar en juego en los contratos regulados por la CISG de acuerdo con la naturaleza comercial de los mismos, sí que se ha puntualizado que podría estar dentro de su ámbito el daño derivado de la pérdida de reputación, del crédito o del prestigio ante la clientela (PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74», 1998, p. 594).

Ahora bien, la primera idea que me interesa trasladar aquí de forma muy sintética, por razones lógicas de espacio en el presente trabajo, es que los citados textos (excepto la CISG) realmente admiten la reparación del daño moral sin hacer una distinción explícita entre los tipos de contratos y sin determinar los criterios concretos que permitan fijar en qué supuestos y bajo qué condiciones tal daño ha de indemnizarse. Estos textos se limitan a adoptar un concepto amplio de daño no patrimonial. La adopción de dicho concepto amplio encierra una fórmula abierta que permite ser aceptada con más facilidad por todos los países miembros de la Unión Europea, en los cuales hay una clara disparidad en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios y en la clase de daños concretos que cabe reparar<sup>165</sup>.

Por otra parte, el peligro inherente a que una fórmula semejante conduzca en la práctica a indemnizar el daño no patrimonial en cualquier caso de incumplimiento de contrato, probablemente queda solventado, o al menos atenuado, a partir de la regla general de la previsibilidad del daño incluida en los PECL, los PICC y el DCFR: de tales textos cabe extraer la idea de que el deudor incumplidor sólo debe responder del daño previsto o que hubiera podido prever en el momento de la celebración del contrato<sup>166</sup>. La aplicación de la regla de la previsibilidad del daño a cada supuesto implica plantearse, como se analizará a continuación, si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar tal interés en caso de incumplimiento por su parte.

### 5.2.3 TERCERA PREMISA: EN EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CON CONTENIDO PURAMENTE ECONÓMICO NO CABE MANTENER CON CARÁCTER GENERAL UNA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS DAÑOS MORALES AL DEUDOR EN VIRTUD DEL CRITERIO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Señala el Tribunal Supremo en el pronunciamiento objeto del presente comentario que para la admisión de la reparación de los daños morales contractuales no basta con la mera relación de causalidad física («fenomenológica» en los términos utilizados por la sentencia) entre el comportamiento del demandado y los hechos en

<sup>165</sup> En este sentido son suficientemente clarificadoras las notas de Derecho Comparado del artículo 9:501 PECL, véase LANDO/BEALE (ed), 2000, pp. 437-438.

<sup>166</sup> Véase los artículos 7.4.4 PICC, 9:503 PECL y III-3: 703 DCFR. Consúltese sobre ello ZIMMERMANN, 2000, pp. 129-130 y STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 250.

los que los daños se concretan, sino que es preciso que, además, se establezca una imputación objetiva. De ahí concluye que, en el caso de incumplimiento de contratos con un contenido puramente económico, cuando explícita o implícitamente no se ha tenido en cuenta la vulneración de bienes o derechos de la personalidad (como la integridad moral, la dignidad o la libertad personal), no cabe establecer una imputación objetiva de los daños morales al agente del hecho lesivo con base en el criterio del fin de protección de la norma.

Efectivamente, la doctrina ya venía utilizando el criterio del fin de protección del contrato para determinar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual. Dicho criterio es el marco en el que ha de encajarse, en cada supuesto, el interés del acreedor tutelado por el contrato, cuya vulneración por el incumplimiento da lugar a un daño susceptible de repararse. Las partes contratantes normalmente prevén las obligaciones, pero no los efectos que va a tener el incumplimiento de las mismas. Ante el silencio de las partes sobre este último extremo en el contrato, hay que proceder a interpretar el mismo para concluir cuál es su fin de protección y qué daños deben repararse en caso de incumplimiento. El párrafo 1.º del artículo 1107 CC proporciona la regla para averiguar el fin de protección del contrato en cada supuesto concreto, por tanto, para individualizar qué daños causados por el incumplimiento han de ser indemnizados y cuáles no<sup>167</sup>. Tal norma contiene una referencia explícita a la previsión o previsibilidad del daño al tiempo de contratar y su origen se halla en *Pothier*, que utiliza dicha regla para explicar los daños indemnizables en la hipótesis de incumplimiento contractual.

Morales Moreno señala que, aunque del tenor literal del artículo 1107. I CC pudiera extraerse la idea de que el artículo se refiere a dos requisitos diferentes que han de concurrir a la vez («previsibilidad de los daños en el momento de contratar» –referido al interés protegido, por consiguiente, al fin de protección del contrato– y «que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento» –referido a la relación de causalidad), el estudio de los antecedentes del precepto conduce a sostener que ambas expresiones se refieren al mismo requisito: el fin de protección del contrato<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Sobre ello extensamente MORALES MORENO, 2010, pp. 93-96. En sentido similar señala PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1026, que el artículo 1107.1.º CC es la manifestación típica en el ámbito de la responsabilidad contractual del criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad». Es decir, la norma fundamentadora es el contrato mismo.

<sup>168</sup> Ampliamente MORALES MORENO, 2010, pp. 158-163.

Por tanto, habrá de aplicarse el artículo 1107. I CC con el objetivo de averiguar el fin de protección del contrato y de analizar si el daño moral era previsible para el deudor y si, por tanto, la relación obligatoria le imponía, respecto a la prestación comprometida, especiales deberes de diligencia o de protección dirigidos a evitar tal daño<sup>169</sup>. Si estamos ante un contrato de naturaleza puramente económica, como es el caso de la sentencia objeto del presente comentario, lo usual es que en el contenido del contrato no se tomen en consideración los daños no patrimoniales que pueda sufrir el acreedor ante un posible incumplimiento. Lo contrario ocurre, como se ha apuntado, en contratos en los que la prestación principal consiste en proporcionar al acreedor bienestar o placer (contratos de viaje combinado), o bien una satisfacción emocional (contratos ligados a la celebración de una boda), o bien contratos en los que la clase de prestación o el modo en que esta debe realizarse lleva consigo el deber de respetar ciertos bienes inmateriales de los contratantes (contratos relacionados con servicios funerarios)<sup>170</sup>. En principio solo en estos últimos tipos de contratos, de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia analizada, los daños no patrimoniales serán previsibles para el deudor y tendrá que repararlos en caso de incumplimiento contractual.

#### 5.2.4 CUARTA PREMISA: EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DOLOSO EL ARTÍCULO 1107. II DEL CÓDIGO CIVIL LLEVA CONSIGO UNA AMPLIACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PARA DETERMINAR LOS DAÑOS OBJETO DE REPARACIÓN

Sostiene la sentencia objeto de comentario, reiterando su doctrina anterior en la sentencia de 15 de junio de 2010, que cuando se está ante un incumplimiento contractual doloso ya no se aplica el criterio de la previsibilidad del daño del párrafo 1.º del artículo 1107, sino su párrafo 2.º, que conduce a una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser indemnizados por el deudor.

Explica Morales Moreno<sup>171</sup> que cuando el incumplimiento implica, además de incumplimiento, un acto doloso por parte del deudor, que lesiona otros bienes o intereses del acreedor diferentes

<sup>169</sup> Díez-PICAZO, 1993, p. 688.

<sup>170</sup> A juicio de CARRASCO PERERA, 2021, 23/78, no es suficiente con que el incumplimiento haya provocado efectos afectivos colaterales, sino que para su reparación «es preciso que la prestación comprometida satisfaga (no solo, necesariamente) intereses afectivos, no comercializables y que el proveedor lo sepa, y pague por ello».

<sup>171</sup> 2010, pp. 172-173.

de los incluidos en el fin de protección del contrato, no cabe restringir la indemnización a estos últimos. Por eso afirma que, si el deudor es doloso, ha de fijarse un sistema distinto de imputación de los daños indemnizables, es decir, ha de ensancharse el ámbito de imputación de los daños reparables debido a la reprochabilidad del acto doloso y a que la lesión incide en intereses no comprendidos en el fin de protección del contrato<sup>172</sup>. En opinión de Morales Moreno la función que posee el artículo 1107. II CC es la de «*impedir que el deudor que con su incumplimiento doloso causa un daño fuera del ámbito del fin de protección del contrato, pueda prevalecerse del sistema ordinario de imputación de la responsabilidad contractual, fundado en el incumplimiento del contrato, para evitar indemnizar ese daño*». A su juicio, la función del citado precepto no es sancionadora o punitiva, sino indemnizatoria; así, el párrafo 2.º viene a complementar la regla del párrafo 1.º, la cual muestra su insuficiencia cuando el acto de incumplimiento posee una doble faz: la del incumplimiento del contrato y la del dolo que reviste<sup>173</sup>.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de julio de 2021 sigue el mismo razonamiento que el de su previa sentencia de 15 de junio de 2010, reproduciendo literalmente sus argumentos<sup>174</sup>. Este último pronunciamiento sostiene la ampliación de los criterios de imputación objetiva que lleva consigo el artículo 1107. II CC, en cuanto establece que serán objeto de resarcimiento no solo los daños que pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato sino también los que conocidamente se deriven del incumplimiento. Por tanto, afirma que, en caso de incumplimiento con-

<sup>172</sup> *Idem*, p. 174. A juicio de Morales Moreno la justificación por la que el deudor doloso ha de asumir una responsabilidad con un contenido más amplio que el propio de la responsabilidad contractual (art. 1107. I CC) radica en que el dolo, que va junto al incumplimiento, lo transforma, y llega a constituir una causa de atribución diferente del simple incumplimiento.

<sup>173</sup> *Idem*, pp. 173-174 y 177. Según Morales Moreno (pp. 174 y 178) la regla de la imputación objetiva del artículo 1107. II no es distinta de la aplicable a la responsabilidad extracontractual: el CC ha optado por situar en el ámbito de la responsabilidad contractual la responsabilidad basada en el dolo, debido a la ligazón existente entre el dolo del deudor y el incumplimiento, pero ello no sería absolutamente necesario. En sentido similar PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1036.

<sup>174</sup> RJ 2010/5151 (Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). La STS de 15 de junio de 2010 confirma la sentencia de primera instancia, la cual concede 100.000 euros por los sufrimientos morales y físicos padecidos por el comprador demandante durante el proceso de cierre de la empresa *Fast English SL* (franquiada de *Open Master Spain*, comercializadora del sistema *Opening* de enseñanza de inglés). La sociedad franquiciadora tenía una difícil situación económica desde el año 2000, aunque no se hace pública la situación hasta el año 2002, momento en el que se declara en quiebra, con clara repercusión negativa en las empresas franquiciadas. Los vendedores demandados conocían con anterioridad a la venta de la empresa la situación económica de la franquicia. Pero ocultaron tal información al comprador, que se vio empujado a dirigir una empresa con un número ingente de deudas y obligaciones futuras muy gravosas y con numerosas reclamaciones judiciales procedentes de trabajadores, acreedores y estudiantes.

tractual doloso, además de aplicarse el criterio del carácter relevante del daño, se aplicará un criterio de imputación apoyado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento, con independencia de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños<sup>175</sup>. La sentencia de 23 de julio de 2021 concluye, tras la reproducción del razonamiento de su sentencia anterior de 15 de junio de 2010, que podría imputarse objetivamente a la distribuidora Vaesa la causación de daños morales, en cuanto esta asume ante los adquirentes de los vehículos la responsabilidad del fabricante, el cual incumplió dolosamente el contrato al instalar el dispositivo fraudulento.

Parece que el Tribunal Supremo, tanto en la sentencia de 15 de junio de 2010 como en la sentencia objeto del presente comentario, está estableciendo una regla singular y específica de imputación objetiva para los daños morales que derivan de un incumplimiento contractual doloso, y que el tribunal llama «conexión objetiva» del daño moral con el incumplimiento<sup>176</sup>. El problema es que no explica su significado concreto, siendo lo más probable que vaya más allá de la simple causalidad y que, por tanto, esté refiriéndose al criterio de la adecuación<sup>177</sup>. Se ha criticado que la condición de la conexión objetiva es una regla vacía de contenido y que hubiera sido deseable que el tribunal la hubiera desarrollado para poder prever cuál sería su decisión acerca de la reparación de los daños

<sup>175</sup> Sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, que comenta esta sentencia, que la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo en la misma, en relación a la reparación de los daños morales contractuales a partir del artículo 1107. II del Código Civil, establece un criterio de imputación novedoso. Este autor considera razonable indemnizar el daño moral contractual cuando este es relevante (como así sucede en la sentencia comentada), y ello a pesar de que normalmente doctrina y jurisprudencia hayan hecho una interpretación restrictiva de los daños objeto de reparación por el deudor doloso, manteniendo que este ha de responder solo de los daños ligados con los intereses del acreedor propios de la naturaleza del contrato, con el fin de evitar que finalmente, deba responder por consecuencias totalmente ajenas al contenido de este.

<sup>176</sup> En este sentido se pronuncia, en relación con la STS de 15 de junio de 2010, GARCÍA VICENTE, *CCJC*, 2011, p. 775. Ahora bien, como sostiene CARRASCO PERERA, 2021, 23/78, también en relación con la STS de 15 de junio de 2010, es inadmisibles entender, como parece afirmar dicha sentencia, que el simple hecho de que estemos ante un incumplimiento doloso en el sentido del artículo 1107. II CC «dispare la existencia de una especie de «daño moral de incumplimiento» en un contrato puramente comercial».

<sup>177</sup> Según MORALES MORENO, 2010, p. 179, en correspondencia a la función que cumple el artículo 1107. II CC, aquí ya explicada con anterioridad, el criterio de imputación objetiva que ha considerarse contenido en el citado precepto es el relativo a la teoría de la adecuación. Esto es, los daños reparables serán tanto aquellos daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor en el momento de ejecución del comportamiento doloso, como los daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial. Considera inaceptable PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1036, una interpretación del artículo 1107. II CC que conduzca a mantener que el deudor doloso responde de todos los daños que se acrediten ligados causalmente con el incumplimiento, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

morales contractuales en casos futuros<sup>178</sup>. Como ya he indicado antes, el Tribunal también exige para la reparación del daño moral contractual la relevancia del mismo, de modo que, de acuerdo con la sentencia, ante la concurrencia de las dos reglas aludidas en el presente párrafo ya no hay que entrar a examinar si el contrato llevaba consigo o no la obligación de preservar al acreedor de los daños morales.

La sentencia objeto del presente comentario acaba concluyendo en el fundamento 9.º, frente a lo que sucede con la distribuidora Vaesa, que la empresa concesionaria carece de responsabilidad frente a la compradora en cuanto no se ha logrado acreditar que esta conociera la instalación del dispositivo ilegal, de modo que hubiera sido necesaria una actuación dolosa por su parte, a la vista de la naturaleza puramente económica del contrato de compraventa del automóvil, para que le fueran imputables objetivamente los daños morales derivados del incumplimiento contractual.

Ya he hecho referencia antes en este comentario a que, precisamente, una de las causas por las que en los diversos ordenamientos se han propuesto fórmulas que posibilitan atribuir al comprador una acción directa contra el fabricante, aunque no le haya suministrado directamente el producto, es la constatación de que en el actual sistema de producción y distribución, al vendedor le resulta sencillo acreditar, o que desconocía que el bien tuviera un defecto o, en general, que el defecto está fuera de su ámbito de control<sup>179</sup>.

### 5.2.5 CONCLUSIÓN

Carrasco Perera, aunque ha manifestado sus objeciones desde el punto de vista de la técnica jurídica al mantenimiento de la responsabilidad contractual de la fabricante o distribuidora de los vehículos como la mejor fórmula para resolver los casos del Dieselgate, señala, a la vez, que la solución final a la que llega la sentencia objeto del presente comentario es pragmática y puede generalizarse. Explica que no tendría sentido aplicar aquí remedios restitutorios ni producir una ineficacia con resultados que excederían el interés de cumplimiento del comprador. Por el contrario, la concesión de 500 euros por los daños morales sufridos por el cauce

---

<sup>178</sup> En este sentido, en relación con la STS de 15 de junio de 2010, GARCÍA VICENTE, *CCJC*, 2011, pp. 783-784. A su juicio debería haberse valorado las circunstancias que rodean el caso (si nos hallamos o no ante un tráfico profesional), los riesgos generalmente asumidos y los intereses que se ponen en riesgo cuando se ejercitan las actividades económicas (como la lesión de la reputación). Desde luego tampoco la STS de 23 de julio de 2021 lleva a cabo una mayor concreción de la regla, limitándose a reiterar la doctrina recogida en la anterior sentencia.

<sup>179</sup> En este sentido PARRA LUCÁN, 2014, p. 195. Señala esta misma idea en el ordenamiento alemán SCHMID, 2017, p. 39.

de la acción de responsabilidad civil contractual no posee costes especiales de reordenación del intercambio original<sup>180</sup>.

En mi opinión la medida más adecuada para estos casos concretos del Dieselgate sería, sin duda, la aplicación de los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU, siempre y cuando, claro, no hubieran prescrito; en particular, tal y como ha quedado puesto de manifiesto en este trabajo, la medida de la reparación del bien, que coincide, por otra parte, con la solución ofrecida por el fabricante en el momento del reconocimiento público del fraude. Es cierto que esta acción, de acuerdo con la normativa vigente, debe ejercitarse contra el vendedor, que respondería con independencia de su conocimiento del engaño y que luego dispondría de la acción de regreso contra el fabricante. Pero, aunque es el vendedor el obligado a reparar el bien, en cuanto es él quien responde de la falta de conformidad, eso no significa que la prestación de reparación deba realizarla él de modo personal. Así, es práctica habitual en España que cuando el comprador comunica al vendedor la existencia de una falta de conformidad en el bien, este le remita al servicio técnico del fabricante<sup>181</sup>. La aplicación de los remedios de la puesta en conformidad del bien son más correspondientes con la naturaleza del interés insatisfecho del acreedor.

Si se solicita, además, una indemnización por el daño moral al fabricante (o a la distribuidora), debería encauzarse hoy por hoy, para no tener que forzar el principio de la eficacia relativa de los contratos, por el artículo 1902 CC, ya que al haberse producido la admisión pública del hecho por Volkswagen no se darían los problemas de acreditación de los presupuestos exigidos por este precepto que, por el contrario, en otros supuestos de falta de conformidad sí que existen. La indemnización del daño moral cumpliría en este caso una evidente función preventiva (para Volkswagen y para el resto de los fabricantes), pero tengo muchas más dudas respecto al cumplimiento de la que es la función principal de la indemnización en nuestro ordenamiento, esto es, la función reparadora. Me parece complicado mantener que los compradores en estos casos hayan sufrido un daño moral relevante al dar a conocer rápidamente la propia fabricante, a través de su anuncio público en septiembre de 2015, tanto la fórmula de solución ante su conducta fraudu-

<sup>180</sup> Consúltese 2021, 23/96.

<sup>181</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 119 TRLGDCU», 2015, pp. 1736-1737, aclara, refiriéndose a los remedios de la reparación y de la sustitución, que, aunque cumpla la obligación un tercero, por ejemplo, el fabricante, no cabe olvidar que quien está obligado únicamente es el vendedor. Otro supuesto distinto es que el fabricante deba responder en el marco de la garantía legal (de modo subsidiario al vendedor en virtud del anterior artículo 124, hoy 125 TRLGDCU) o que lo haga en cumplimiento de la garantía comercial que haya ofrecido.

lenta (reparación gratuita en media hora), como la aclaración desechando las posibles consecuencias negativas de la instalación del software en las prestaciones y funcionamiento del vehículo. Prácticamente todos los pronunciamientos civiles han cifrado la indemnización en la misma cantidad, 500 euros, lo que induce a sospechar que detrás de la reparación del daño moral puede existir, no tanto una finalidad reparadora, sino sancionadora que, desde luego, no debería jugar en el ámbito del Derecho Civil<sup>182</sup>.

### 5.3 Criterios para la fijación de la cuantía del daño moral contractual

Como siempre que se está ante la reparación de un daño moral, resulta complicada la determinación de la cuantía de la indemnización y la individualización de los criterios para llegar a fijar tal cuantía. Pero el Tribunal Supremo en esta decisión de 23 de julio de 2021, frente a lo que no suele ser una práctica habitual en los pronunciamientos judiciales españoles, realiza el esfuerzo de apuntar los criterios empleados para cuantificar la indemnización por el daño moral a pagar por la distribuidora Vaesa en 500 euros, sobre todo en relación con la cantidad, mucho más elevada, solicitada en la demanda por el actor (11.376 euros). Así, en el número 8 del Fundamento 7.º explica que la cantidad reclamada por el demandante es desproporcionada, teniendo en cuenta la relevancia de las implicaciones ligadas al descubrimiento del dispositivo ilegal (es decir, son de poca entidad) y la antigüedad del vehículo (9 años), que suponía que una parte de la vida útil del vehículo había ya pasado y que en absoluto, las expectativas del comprador podían equipararse a las de aquellos que hubieran adquirido el vehículo en un momento más cercano en el tiempo al descubrimiento del fraude<sup>183</sup>.

En alguna ocasión pronunciamientos de instancia han cuantificado la indemnización por el daño moral tomando como criterio de determinación el 10% del valor del vehículo. Así, la sentencia del

---

<sup>182</sup> Señalan MARÍN GARCÍA/MILÁ RAFEL, 2017, p. 206 nota 22, a propósito de la SJPI de Palma de Mallorca, número 22, 9.12.2016, otra de las decisiones judiciales que resuelven un caso de Dieselgate, en la que se condena al concesionario y a SEAT, SA al pago de una cantidad de 500 euros en concepto de daño moral a la compradora del automóvil, que en realidad la función que aquí desempeña la reparación del daño moral es simbólica, en cuanto se concede cuando no ha sido acreditado daño alguno a consecuencia del incumplimiento.

<sup>183</sup> CARRASCO PERERA, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 4, critica que la cifra del daño moral se reduzca tanto en función de la antigüedad del vehículo, pues ninguna de las razones justificativas de la indemnización dadas por la Sala tiene ninguna conexión con la antigüedad del vehículo. A su juicio, debería ser al contrario, es decir, cuanto más viejo «más tiempo para la zozobra».

Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valladolid 291/2016 de 25 de octubre condena, al concesionario que vende el vehículo afectado por el software y a la empresa que importaba los coches desde Alemania, a indemnizar al propietario del vehículo afectado en la cuantía correspondiente al 10% del valor del vehículo en el momento de su compra hacía 3 años, con un total de 5.006 euros<sup>184</sup>. Por el contrario, y frente a la sentencia de primera instancia que había establecido también la indemnización en un porcentaje del 10% del valor del automóvil, la sección 1.ª de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, 38/2018 de 9 de febrero de 2018, que cuantifica la reparación por los daños morales finalmente en 500 euros a pagar solidariamente por la importadora y la concesionaria, por la ansiedad, angustia, zozobra e inseguridad al comprador, señala, con buena lógica, que *«La fijación de la indemnización por daños morales en un porcentaje del valor del vehículo afectado por la alteración tampoco responde a criterios de justicia puesto que, si bien es verdad que, en principio, a mayor valor del bien, mayor puede ser la angustia y la preocupación generada por la alteración, se podría llegar a situaciones absurdas ya que esa zozobra, ansiedad, preocupación, puede ser significativamente mayor en el comprador de un vehículo de baja gama o de gama media, que ha invertido una parte importante de sus ahorros, o se ha visto obligado a obtener una financiación, que en el comprador de un vehículo de alta gama, y por lo tanto mucho más caro que hizo frente con facilidad al pago del mismo, y que se puede encontrar en condiciones de adquirir un nuevo vehículo que sustituya al alterado»*.

#### 5.4 Posible indemnización de los daños materiales sufridos por el consumidor en los casos del Dieselgate

El Tribunal Supremo no entra a dirimir la cuestión de la posible reparación de los daños patrimoniales sufridos por el consumidor pues, aunque sí los solicita el comprador en su demanda inicial, en casación este solo ha mantenido la pretensión de la indemnización

<sup>184</sup> A propósito de este pronunciamiento señala GARCÍA MONTORO, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2017, p. 158, que se adopta como punto de partida el valor del vehículo en el momento de la compraventa, hacía 3 años, ignorando la depreciación del mismo por el uso, su kilometraje o la existencia o no de modelos posteriores más modernos que pudieran haber incidido en una posible depreciación del valor del vehículo. El hecho de fijar la cifra del 10% sobre el precio pagado por el vehículo es decisión unilateral del juzgador, sin que pueda estimarse dicho importe como proporcionado a las circunstancias, sobre todo cuando no ha quedado acreditada la existencia de disminución en las prestaciones tras la reparación del vehículo, con lo que el daño resarcible, de existir, es muy difícil de individualizar.

del daño moral. Pero es interesante profundizar en qué tipos de daños materiales se pueden plantear en este tipo de litigios sobre el Dieseltgate y qué porcentaje de éxito tendrían. La conclusión final que cabe extraer de los diversos pronunciamientos judiciales es que las reclamaciones por los distintos daños patrimoniales alegados no han prosperado.

Se ha solicitado, en primer lugar, a raíz del engaño, una indemnización por los daños materiales debidos a un posible aumento del consumo de combustible y a una pérdida de potencia del motor del vehículo. Pero parece indudable que, si tras la operación de reparación del vehículo por el fabricante, no se producen efectos de ninguna clase en el consumo de diésel o en las distintas prestaciones del vehículo (como, además, parece que así sucede) no hay tal daño resarcible<sup>185</sup>. En alguna ocasión se ha reclamado también el gasto por la reparación de las diversas averías futuras que puedan producirse, en su caso, tras la instalación del software ilegal, pero se ha mantenido por el tribunal que se trata de un daño futuro, hipotético e incierto, de modo que solo puede concederse una indemnización por daños ciertos que han sucedido o, en su caso, por daños futuros que se conoce con certeza que van a suceder, y en el supuesto concreto no concurre ninguna de las dos situaciones<sup>186</sup>.

Teóricamente los automóviles equipados con la instalación del software ilícito podrían experimentar, tras el descubrimiento del fraude, un exceso de depreciación adicional respecto a la que sufre cualquier otro vehículo por el uso y transcurso del tiempo, de modo que haya una pérdida económica real del valor del coche en el mercado de segunda mano<sup>187</sup>. Sin embargo, los tribunales no lo han entendido así. A título ejemplificativo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 365/2017 de 17 de noviembre<sup>188</sup> considera que el tribunal de primera instancia ha fijado la indemnización contra Vaesa de forma arbitraria por un daño que no ha quedado acreditado: la depreciación del vehículo afectado en el mercado. El Juzgado de primera instancia evalúa la indem-

---

<sup>185</sup> Así CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, pp. 8 y 11. En este mismo sentido se pronuncia la AP Burgos (Sección 3.ª) en su sentencia núm. 168/2019 de 29 de marzo, ante la reclamación por el demandante de 60 euros en concepto de indemnización por el mayor consumo de combustible. Sostiene el tribunal que no existe prueba que acredite tal extremo.

<sup>186</sup> En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP citada en la nota de pie de página anterior.

<sup>187</sup> Alude a este tipo de daño material LLAMAS POMBO, *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2021, p. 1. No obstante, SUÑOL/MARCOS, *Almacén de Derecho*, 2021, apuntan que hay, sin embargo, estudios, en particular referidos al mercado israelí, que acreditan el efecto contrario, es decir, una caída en las ventas en el mercado secundario de los vehículos afectados, con un leve descenso en el precio de los vendidos.

<sup>188</sup> AC 2017/1812. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

nización en un 10% del precio de compra, tomando en consideración el hecho de que el vehículo se ha depreciado por el uso y por la propuesta de reparación y subsanación hecha por la empresa demandada. La Audiencia Provincial, por su parte, estima que no se ha practicado ninguna prueba de la que se derive que el vehículo adquirido por el demandante ha sufrido alguna pérdida de valor como consecuencia del descubrimiento de la manipulación realizada por el fabricante. Señala que todo vehículo sufre una depreciación respecto a su valor inmediatamente después de haberse producido su compraventa, y que no ha quedado demostrado en el caso concreto en qué medida o porcentaje la instalación del software para manipular los controles de emisión de gases ha incrementado la depreciación en el mercado de ocasión, ni de los vehículos de la marca ni del coche en concreto, máxime si se lleva a cabo la corrección técnica ofrecida por el fabricante.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 31/2018 de 22 de enero, en la que el comprador demandante aporta como prueba un informe pericial que sostiene que, a raíz de la instalación del software, el vehículo se ha depreciado en un 30%, el tribunal desestima la pretensión por falta de prueba de la devaluación pretendida, pues el informe pericial no pasa de ser una estimación subjetiva de los peritos basada en que, según diversos talleres que el comprador demandante entrevistó de modo aleatorio, los vehículos como el afectado no se vendían, pero sin datos reales o estadísticos que sean reflejo de esta depreciación. Parecida argumentación se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.<sup>a</sup>) núm. 391/2017 de 21 de noviembre, en la que el actor, en cuanto a la depreciación del valor de su coche, aporta un informe pericial en el que se calcula la misma en un 20%. Según el tribunal se trata de una mera hipótesis y elucubración que no se sustenta en ninguna comparativa de precios realizada en transacciones reales de vehículos afectados, ni tampoco en datos estadísticos serios y contrastados. Sostiene que precisamente, lo que se desprende de las publicaciones especializadas e informes y notas de prensa aportados y emitidos por dos sociedades ajenas al grupo Volkswagen es la conclusión contraria, esto es, que los vehículos afectados por el software fraudulento no han sufrido una depreciación en el valor del mercado. Así, constatan tales informes que, pasados los primeros meses del fraude, tras la aparición de la noticia en los medios de comunicación, los precios de venta de los vehículos equipados con el software ilegal recuperaron sus niveles anteriores, sin que se hayan registrado más variaciones posteriores.

En todo caso parece que la indemnización por el daño material consistente en la depreciación del valor en el mercado del automóvil es complicada porque presupone implícitamente, que todo adquirente procederá a la reventa de su coche y tendría que ser liquidado como un daño futuro. En este sentido, con gran claridad, se pronuncia la sentencia de la AP de Burgos (Sección 3.<sup>a</sup>) núm. 168/2019 de 29 de marzo. Ante la reclamación de 2.040 euros del demandante por pérdida del valor de venta del vehículo en el mercado, señala que se está ante un daño incierto e hipotético, pues el vehículo comprado por la parte actora no ha sido revendido ni consta que se haya intentado su reventa o que tenga intención de venderlo en un futuro y, solo en el caso de reventa efectivamente llevada a cabo por un precio menor, puede reclamarse una indemnización por este concepto. Añade que tampoco se ha probado que los vehículos de motor diésel que cuentan con un software ilegal hayan sufrido una pérdida del valor de venta en el mercado de vehículos usados respecto a otros vehículos de similares características que no cuentan con tal software.

Podrían, teóricamente, considerarse daños patrimoniales el incremento, respectivamente, del impuesto de circulación y del impuesto de matriculación del vehículo, aunque no parece que tampoco en este caso sea viable la indemnización. Por una parte, el abono anual del impuesto de circulación no va a experimentar aumento alguno como efecto del fraude en la medida en que su cuantía varía según la potencia fiscal, que se refleja en caballos fiscales. Esta medida es una cantidad nominal que no está necesariamente relacionada con la potencia en caballos de vapor del motor del coche, pero le es de utilidad al Estado para el cálculo de qué cantidad ha de cobrar en base al tamaño del motor. Nada tiene que ver, por tanto, este primer impuesto con la medida de las emisiones. Por el contrario, la circunstancia del fraude sí tendría en principio influencia directa sobre la cuantía a abonar por el vehículo en concepto de impuesto de matriculación, pero al hallarse matriculados ya los vehículos afectados no podrá exigirse cantidad alguna por este concepto<sup>189</sup>.

Se ha alegado también en algún caso por el adquirente del vehículo afectado los posibles daños materiales sufridos consistentes en los gastos de transporte hasta y desde el taller de los servicios oficiales para proceder a la reparación del coche, e igualmente los consistentes en el alquiler de un vehículo durante el tiempo de duración de la reparación. En todo caso la prueba de estos daños

---

<sup>189</sup> En este sentido CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, pp. 8 y 11.

debería ser acreditada y no estar basada en meras hipótesis o en ambiciones de ganancia. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 304/2018 de 18 de septiembre, en relación con una reclamación por esta clase de daños, no los indemnizó porque la actora finalmente no había llevado el coche a arreglar al ser la reparación de carácter voluntario y se desconocían, por tanto, los desembolsos que hubiera tenido que llevar a cabo en caso de procederse al arreglo.

En idéntico sentido denegatorio se pronuncia la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 168/2019 de 29 de marzo. En particular, la demandante solicita 324,17 euros por los gastos de traslado del vehículo a un taller de Madrid para la sustitución del software ilegal, pese a residir la adquirente en Burgos. La parte actora no acredita en ningún momento perjuicio alguno por tal concepto, pues no aporta facturas de gastos por el cambio del software: ni facturas por el alquiler de un vehículo de sustitución ni facturas de taxis para desplazarse al taller. Llama la atención al tribunal la solicitud de reparación por tal concepto, cuando el arreglo podía hacerse en el taller de la concesionaria de la marca Volkswagen en Burgos, siendo de un periodo temporal de estimación de 30 minutos, habiendo la concesionaria, además, ofrecido día y hora para llevar a cabo la operación, e incluso un vehículo de sustitución gratis en caso de ser necesario.

Al igual que ocurre en el supuesto de la presente sentencia objeto de comentario, en ocasiones el adquirente demandante ha solicitado la reparación por el daño patrimonial consistente en los gastos de financiación del vehículo. Sin embargo, al respecto se ha sostenido que, habiéndose mantenido la validez y eficacia del contrato de compraventa financiado, cuya nulidad y resolución se rechaza, los gastos de financiación han resultado útiles y han cumplido la finalidad que les es propia de facilitar el acceso a la propiedad del vehículo, por lo que no constituyen daños indemnizables<sup>190</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 81-116.  
ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

---

<sup>190</sup> En este sentido la SAP (sección 3.<sup>a</sup>) de Islas Baleares núm. 107/2017 de 11 de abril.

- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir), Colex, Madrid, 2011, pp. 1158-1169.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El dolo y el daño moral contractual», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9/2011 (BIB\2010\2877).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «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», *Diario La Ley*, n.º 9881, 29 de junio de 2021 (laleydigital.es).
- «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Cámara, S. (dir), Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 3.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2021.
- «Los compradores del "Dieselgate" por segunda vez ante el Tribunal Supremo», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 10/09/2021 pp. 1-4 (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com>)
- «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. 1.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, 1989, pp. 666-709.
- CARRASCO PERERA, Ángel/GARCÍA MONTORO, Lourdes: «Batalla legal contra Volkswagen: El desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 18, 2016, pp. 1-16 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1100>).
- «Volkswagen: «El coche del pueblo» engañado y confundido», *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de noviembre de 2015, pp. 1-12 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil*, T. III-1, Reus, Madrid, 1954.
- CASTILLA BAREA, M.: *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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero 2009, pp. 1-136 (<http://www.mjusticia.gov.es/cs/Satellite>) (fecha de consulta: 5/01/2022).
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El dieselgate: dos modos distintos de enfocar y resolver en España», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 149, octubre-diciembre 2021, pp. 1-11.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», *RJUAM*, n.º 32, 2015-II, pp. 15-48.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, reimpresión de la edición de 1985, Civitas, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil extracontractual*, T. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción. Teoría del Contrato*, Vol. I, Thomson Civitas, 6.ª edición, Cizur Menor, 2007.
- *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Vol. II, 4.ª edición, Civitas, 1993.

- EWING, Jack: *El escándalo de Volkswagen: Cómo, cuándo y por qué Volkswagen manipuló las emisiones de sus vehículos*, Deusto Ediciones, S.A., 2017, traducción por González P. de la obra *Faster, Higher, Farther. The Volkswagen Scandal*, W. W. Norton&Company Inc., New York, 2017.
- FAUVARQUE-COSSON, Benedicte/MAZEAUD, Denis (ed): *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, prepared by Racine, J. B./Sautonie, L./ Tenenbaum, A./ Wicker, G., Sellier, Múnich, 2008.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, Tomo LXX, fascículo II, 2017, pp. 473-785.
- «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, Tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, 2006.
- FERRER GUARDIOLA, Joan Andreu: «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre 2021, pp. 161-226.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, T. III, Madrid, 1852.
- GARCÍA MONTORO, Lourdes: «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*, n.º 22/2017, pp. 151-159 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- «Si adquirió un Volkswagen "contaminante" no puede devolverlo y pretender el reembolso de su dinero. Sentencia del *Landgericht Bochum*, I-2 O 425/15, de 16 de marzo de 2016», *Centro de Estudios de Consumo*, 6 de abril de 2016, pp. 1-10 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», *Diario La Ley*, n.º 5747, 26 marzo 2003, pp. 1-18 (La Ley 424/2003).
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 2010. Compraventa de participaciones sociales: dolo in contrahendo, incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil: la «conexión objetiva» entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 767-784.
- GAYOSO ARIAS, Ramón: «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *RDP*, 1918, pp. 324-331.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, fasc. I, 2012, pp. 31-102.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Ámbito de protección de la responsabilidad de producto», en *Tratado de Responsabilidad Civil del fabricante*, Salvador Coderch, P./Gómez Pomar, F. (ed), Thomson Civitas, 1.ª edición, 2008, pp. 657-718.
- GOTANDA, John: «Article 74 CISG», en *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Commentary*, Kröll, S./Mistelis, L./Perales Viscasillas, P. (ed), Verlag CH Beck oHG, München-Oxford, 2011, pp. 990-1011.

- GREGORACI, Beatriz: «El daño moral contractual en el derecho español», en *El daño moral en España, Italia y Portugal*, Oliva Blázquez, F./Viglianisi Ferraro, A./Días Pereira, A. (dirs), 1.ª ed, Aracne editrice, 2019, pp. 95-112.
- HEESE, Michael: «Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal. Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne», *Juristen-Zeitung*, 9/2019, pp. 429-440.
- HONNOLD, John: *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987.
- HOWELLS, Geraint: «Product Liability – a history of harmonisation», en *Product Liability in Comparative Perspective*, Fairgrieve, D. (ed), University Press, Cambridge, 2005, pp. 202-218.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando: «Comentario a la STS 9.5.1984», *CCJC*, núm. 5, 1984, pp. 1636-1644.
- INFANTE RUIZ, Francisco: «La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en *Acceso a la vivienda y contratación*, Parra Lucán, M. A. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-270.
- JUÁREZ TORREJÓN, Angel: «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. Dieselgate (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)», *RCDI*, n.º 781, 2020, pp. 3158-3187.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert/Ramos González, Sonia: «Entra en vigor la segunda Ley alemana de modificación del Derecho de Daños», *InDret* 3/2002, pp. 1-7 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- LANDO, Ole/BEALE, Hüge (ed): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Dieselgate: un caso de responsabilidad contractual», *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 147, 2021, pp. 1.
- LOOSCHELDERS, Dirks: *Derecho de Obligaciones. Parte General*, traducción de Gómez Calle, E., 17.ª edición, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Abril, J. M./Amat, M. E. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1715-1738.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828», *Diario La Ley*, n.º 9830, 15 de abril de 2021 ([laleydigital.es](http://laleydigital.es))
- LÓPEZ MAZA, Sebastián/GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 864-878.
- MAGNUS, Ulrich: «Damages for Non-Pecuniary Loss in German Contract and Tort Law», *The Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 3, Issue 2, October 2015, pp. 289-307.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio/MILÁ RAFEL, Rosa: «Daño moral contractual», en *El daño moral y su cuantificación*, Gómez Pomar, F./Marín García, I. (dirs), 2.ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 201-254.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, n.º 9461, Sección Doctrina, 22 de julio de 2019 (La Ley 8329/2019) ([laleydigital.es](http://laleydigital.es)).

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario al artículo 114 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1651-1664.
- «Comentario al art. 116 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1683-1714.
  - «Comentario al art. 117 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1715-1724.
  - «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1725-1732.
  - «Comentario a los artículos 119 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1733-1744.
  - «Comentario al artículo 121 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1761-1769.
  - «Comentario al artículo 123 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1775-1794.
  - «Comentario al artículo 124 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1795-1808.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes: *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2th ed, Hart Publishing, UK, 2006.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Spanish product liability today –adapting to the “new” rules», en *Product Liability in Comparative Perspective*, Fairgrieve, D. (ed), University Press, Cambridge, 2005, pp. 42-66.
- MAZEAUD, Henri et Leon/TUNC, André: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, T. I, 6 éd., Éd. Montchrestien, Paris, 1965.
- McKENDRICK, Ewan: «Article 7.4.2 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (ed), University Press Oxford, Oxford, 2015, pp. 980-987.

- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudio de Derecho de Obligaciones, homenaje al prof. Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. (coord.), Vol. 2, 2006, pp. 401-428.
- «Comentario del artículo 7 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Salvador Coderch, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 37-56.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», *ADC*, Tomo LXXIII, fascículo III, 2020, pp. 983-1065.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, 1.ª edición, Cizur Menor, 2006, pp. 161-188.
- «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, Vol. 56, N.º 4, 2003, pp. 1609-1652.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *ADC*, vol. 52, n.º 1, 1999, pp. 265-288.
- «Comentario al artículo 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Salvador Coderch, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 459-464.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: «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 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario al artículo 74», en *La Compraventa internacional de Mercaderías*, Comentario de la Convención de Viena, Díez-Picazo (dir. y coord.), Thomson Civitas, 1998, pp. 579-609.
- «Comentario al artículo 1902 CC», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Paz-Ares, C./Díez-Picazo, L./Bercovitz, R./Salvador, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971-2002.
- «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1019-1092.
- PARRA LUCÁN, María Angeles: «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1843-1883.
- «Comentario al art 137 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1965-1995.
- «Comentario al art 138 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1995-2016.
- «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Reglero Campos, F./Busto Lago, J. M. (coords.), 5.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 180-329.
- «Comentario a la STS 15.2.1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, pp. 567-590.

- PEDRAZZI, Giorgio: «Civil and Consumer Law», en *The Dieselgate, A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 113-120.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Responsabilidad por software fraudulento. Diferentes remedios para un mismo problema», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños* (Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón), Tomo III, Ataz López, J./Cobacho Gómez, J. A. (dirs.), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1165-1190.
- POSITO, Giovanni: «Italy», *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 47-66.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *BMJ*, año LXV, n.º 2132, 2011, pp. 1-27 ([www.mjjusticia.es/bmj](http://www.mjjusticia.es/bmj)).
- ROCES, Wenceslao: *Los daños civiles y su reparación*, traducción, con concordancias y un apéndice sobre el derecho español de la obra alemana *Der schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich* de Fischer, J. A., Suarez, Madrid, 1928.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La reparación del daño moral el marco del futuro Derecho Contractual europeo», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alventosa y Moliner (coords.), Vol. II, Universitat de València, 2008, pp. 939-968.
- ROGERS, Horton (ed.): *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag, Wien-New York, 2001.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, Tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1685-1724.
- SCHIEMANN, Gottfried: «Kommentar zum § 253 BGB», en Von Staudinger, J. (Michael Martinek Redaktor), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2005.
- SCHMID, Christoph: «Germany», en *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 27-46.
- SOLÉ FELIÚ, Josep: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* 1/2009, pp. 1-42 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume I, edited by Von Bar and Clive, Sellier, Múnich, 2009.
- SUÑOL, Aurea/Marcos, Francisco: «Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (y II)», *Almacén de Derecho*, 17/02/2021 (<https://almacenederecho.org>).
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción por Vaquer Aloy, 1.ª edición, Civitas, 2000.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS JUDICIALES

### **Tribunal Supremo**

STS de 8 de febrero de 2022 (RJ 2022/634). Pte.: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

STS de 7 de abril de 2022 (JUR 2022/129041). Pte.: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

STS de 23 de julio de 2021 (RJ 2021/3583). Pte.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.

STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020/646). Pte.: Excma. Sra. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucán.

STS de 20 de marzo de 2020 (RJ 2020/752). Pte.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.

STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151). Pte.: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006/6548). Pte.: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736). Pte.: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS de 30 de julio de 2001 (RJ 2001/5183). Pte.: Excmo. Sr. Román García Varela.

STS de 31 mayo de 2000 (RJ 2000/5089). Pte.: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández.

STS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097). Pte.: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403). Pte.: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas.

STS de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983/2956) Pte.: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso.

STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534). Pte.: Excmo. Sr. Tomás Ogayar y Ayllón.

STS de 24 de mayo de 1947 (RJ 1947/631).

STS de 6 de diciembre de 1912 (CL 1912, núm. 95). Pte.: Excmo. Sr. Manuel del Valle.

### **Audiencias Provinciales**

SAP de Islas Baleares (sección 4.<sup>a</sup>) núm. 77/2020 de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020/151670). Pte: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

SAP de Barcelona (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 11/2019 de 21 de enero de 2019 (AC 2019/51). Pte: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Isabel Adela García de la Torre Fernández.

SAP Burgos (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 168/2019 de 29 de marzo de 2019 (AC 2019/602). Pte: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero.

SAP de Madrid (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 301/2019 de 1 de julio de 2019 (JUR 2019\249875). Pte: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson.

SAP de Lleida (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 354/2019 de 2 de julio de 2019 (AC 2019/111). Pte: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 434/2019 de 5 de noviembre de 2019 (AC 2019/1726). Pte: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández.

SAP de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 31/2018 de 22 de enero de 2018 (AC 2018/195). Pte: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

SAP de las Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 29/2018 de 25 de enero de 2018 (JUR 2018\69329). Pte: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

SAP de Salamanca (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 38/2018 de 9 de febrero de 2018 (AC 2018/427). Pte: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo.

SAP de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 158/2018 de 13 de marzo de 2018 (AC 2018/443). Pte: Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

SAP de Madrid (sección 14.<sup>a</sup>) núm. 663/2017 14 de marzo de 2018 (JUR 2018/165280). Pte.: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Paloma García de Ceca.

SAP de Segovia (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 210/2018 de 12 de septiembre de 2018 (AC 2018/1653). Pte: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

SAP de Burgos (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 304/2018 de 18 de septiembre de 2018 (AC 2018/1571). Pte.: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera.

SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 107/2017 de 11 de abril de 2017 (AC 2017/794). Pte.: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

SAP de Valencia (sección 11.<sup>a</sup>) núm. 289/2017 de 31 de julio de 2017 (AC 2017/1414). Pte.: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Catalán Muedra.

SAP de Islas Baleares (sección 5.<sup>a</sup>) núm. 288/2017 de 17 de octubre de 2017 (JUR 2017/290025). Pte.: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Covadonga Sola Ruiz.

SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 334/2017 de 20 de octubre de 2017 (AC 2017/1677). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 365/2017 de 17 de noviembre de 2017 (AC 2017/1812). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

SAP de Valladolid (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 391/2017 de 21 de noviembre de 2017 (JUR 2018/30442). Pte: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas.

SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 424/2017 de 29 de diciembre de 2017 (AC 2017/1936). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.