

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE JULIO DE 2021 (561/2021)**

**De nuevo se relaja el principio de relatividad
de los contratos. Luces y sombras del daño *in re ipsa***

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2021

ROJ: STS 3068/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:3068

ID CENDOJ: 28079119912021100015

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: El Alto Tribunal abunda en la idea ya manejada en la STS de 11 de marzo de 2020: aunque no exista propiamente contrato entre el fabricante y el adquirente final del vehículo, y aunque el artículo 1257 Cciv. establece que los contratos solo surten efectos entre las partes (y sus herederos) se declara que existen entre ambos unos vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente. En la contratación pueden además existir infracciones que permitan aplicar la doctrina del daño *ex re ipsa*, de tal manera que queden comprendidos los daños morales eventualmente padecidos por el comprador. En el caso, los daños se valoran en la discreta suma de 500 euros (veintidós veces menos que lo solicitado en la demanda), por entenderse que la reclamación era manifiestamente desproporcionada.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Aplicación de la doctrina de los actos propios*. 5.2. *De nuevo sobre la conveniente revisión del principio de relatividad de los contratos*. 5.3. *Matización obligada de esa revisión y dificultades para llevarla a cabo*. 5.4. *Alcance del resarcimiento en los casos de incumplimiento doloso*. 5.4.1. El enigmático daño *in re ipsa*. 5.4.2. La cuantificación de la indemnización por daño moral. 5.4.3. Daño moral *in re ipsa*, imputación objetiva y alcance del criterio de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad. 5.5. *Conclusión*. 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

El actor había comprado el 18 de agosto de 2008 un vehículo marca Audi A3 con motor diésel, fabricado por VOLKSWAGEN AG. Varios años después, debido a la repercusión pública que tuvieron los hechos, dijo tener conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un *software* que desactivaba las emisiones de NOx (combinación de óxido nítrico y dióxido de nitrógeno) cuando detectaba que el vehículo estaba siendo sometido a control de emisiones y, de este modo, manipulaba los resultados de las mediciones de emisiones contaminantes.

Pero lo cierto es que la demanda se dirigía en 2016 (casi nueve años después de la compra del coche) contra M. Conde Premium (MCP), concesionario oficial de la marca y vendedor del vehículo, y contra VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA S.A. (VAESA), que era el importador del mismo, si bien en la demanda se calificaba a éste como fabricante. Se solicitaba la nulidad del contrato y el pago de una indemnización de 11.376 euros por los daños morales sufridos por la que se calificaba en la demanda como «comercialización fraudulenta y/o dolosa del vehículo», además de 6.444,71 euros por los intereses y gastos de financiación generados por la compra.

Subsidiariamente, y para el caso de no ser estimada la pretensión de nulidad o de resolución por incumplimiento, el actor interesaba de los demandados, además del pago de los referidos daños morales y gastos de financiación, otra indemnización por la depreciación sufrida en el valor del vehículo, que se valoraban en 15.020,12 euros, más los intereses legales pertinentes.

2. Solución dada en primera instancia

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Leganés, en sentencia de 5 de junio de 2017. El juez entendió que VAESA no tenía legitimación pasiva. El comprador la había demandado como fabricante, pero si el fabricante era VOLKSWAGEN AG y VAESA era importador y distribuidor, no era posible que unas acciones contractuales

fueran ejercitadas frente a quien no había sido parte en el contrato de compra-venta del vehículo.

Y en cuanto a MCP, concesionario que lo vendió, la acción de ineficacia del contrato (anulabilidad, en el caso) no podía prosperar, al no quedar probado que el comprador hubiera comprado el vehículo «persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno», y además el concesionario al vender el vehículo no tenía conocimiento de la existencia del software en cuestión.

Según la sentencia, tampoco cabía la acción de resolución del contrato por no haberse producido «un incumplimiento contractual de la vendedora con efectos resolutorios (es decir, grave y esencial) pues la instalación de un *software* que ofrecía una medición de los gases NOx diferente según el vehículo se encontrase en banco de pruebas “en laboratorio” o en conducción real no podía considerarse un incumplimiento grave, porque el vehículo siempre fue apto para circular, lo estuvo haciendo durante unos nueve años, ninguna autoridad nacional ni comunitaria decretó su retirada, no representaba mayor peligro para el medio ambiente que otros productos similares, encontrándose en cuanto a emisiones en un nivel medio-bajo en comparación con otros vehículos similares, por lo que no se había entregado una cosa distinta a la ofertada ni el vehículo en cuestión era inhábil. En segundo lugar, porque de existir el incumplimiento, éste sería de escasa importancia, ya que el demandante podía conseguir que se reparase el vehículo, sin merma en cuanto a las características del mismo».

Finalmente, el juzgado también desestimó la pretensión de indemnización, pues si no existía incumplimiento resolutorio, no se puede conectar con tal acción u omisión la producción de unos daños que, además, tampoco se habían probado.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de 14 de marzo de 2018, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación. Básicamente, los argumentos fueron éstos:

VAESA no tenía legitimación pasiva en relación con las acciones contractuales ejercitadas en la demanda, pues esta mercantil no había sido parte en el contrato de compraventa. Se la demandaba como fabricante, pero VAESA no lo era. Por otra parte, no se ejercitaba contra ella una acción de responsabilidad por productos defectuosos, con lo que invocar preceptos del régimen del TRLGDCU constituía cuestión nueva en apelación. Puestos a imaginar otras alternativas no utilizadas en la demanda, tampoco podrían haberse ejercitado pretensiones de falta de conformidad del producto contra quien no era su vendedor. Ni tampoco cabía recurrir a la fórmula del reconocimiento extraprocesal de la condición de legitimado pasivamente, porque VAESA no había

llevado a cabo actos que hubieran podido suponer una presentación ante el comprador como parte contractual.

Por lo mismo, si la causa del daño estaba en la configuración o diseño de ese *software* o en su implantación en los motores, solamente cabría hablar de responsabilidad de VOLKSWAGEN AG en su condición de diseñadora o fabricante, y no de quien se limitaba a la distribución de los vehículos en España. VAESA tampoco responde como parte del grupo VW, pues la titularidad de las marcas del grupo solo corresponde a la matriz alemana, y no a VAESA, quien tampoco había actuado en ningún momento atribuyéndose su titularidad.

En otro orden de cosas, la Audiencia mantenía que, si no existe normativa nacional ni europea que establezca un límite máximo a las emisiones de gases NOx durante la circulación de vehículos, y la implantación del dispositivo en cuestión no afectaba a la homologación del vehículo para circular, las eventuales infracciones administrativas no tenían relevancia en este juicio para encarnar un supuesto de incumplimiento contractual productor de daños para el comprador. Téngase en cuenta además que no resultó probado que tal implantación resultara determinante en la homologación de los vehículos; antes bien, lo que sí se había acreditado era precisamente que no afectaba a la aptitud o a la homologación declarada de los vehículos afectados ni entrañaba incumplimiento normativo de la emisión de gases NOx durante su circulación, ni el actual nivel de emisión de gases NOx durante la circulación superara la media de vehículos de la misma gama.

Y finalmente, se entendió que no existía ni relación de causalidad con la conducta de las demandadas ni tampoco un auténtico daño moral indemnizable, pues tan pronto como se divulgó en prensa el problema, la diseñadora y fabricante del producto (la alemana VW AG) se dirigió al comprador, a través de VAESA, ofreciéndole solucionar el problema actualizando el *software* de modo gratuito, lo que despejaba sin tardanza la posible incertidumbre inicial. Y tampoco se ha generado un daño patrimonial, teniendo en cuenta que la colocación del dispositivo no entrañó falta de aptitud del vehículo para circular, ni provocó su depreciación, ni afectó a sus características y prestaciones.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

El recurrente en casación se basó en cinco motivos, de los que fueron admitidos los cuatro primeros.

El primer motivo denunciaba la inaplicación de la doctrina de los actos propios del artículo 7.1 C.civ., aduciendo que VAESA había reconocido extraprocesalmente de forma expresa su responsabilidad mediante carta remitida a los adquirentes de los vehículos afectados por el dispositivo ilícito, algo que a su entender, constituye un acto propio, al haber creado una situación de confianza o expectativa razonable que no podía luego ignorar.

El segundo motivo entendía que la sentencia recurrida había infringido el artículo 1257 C.civ.: decir que VAESA no tiene legitimación pasiva en demandas derivadas de la compraventa porque la mercantil no era parte del contrato es «una interpretación arcaica del principio de relatividad de los contratos, que no se compadece con la jurisprudencia actual que ha reconocido legitimación pasiva tanto al vendedor como al fabricante y al distribuidor».

En el tercer motivo se alegaba la infracción del art. 1104 C.civ. respecto de la aplicación de la culpa por la omisión de la debida diligencia *in vigilando* exigible a los codemandados frente al comprador.

En el cuarto motivo se alegaba la infracción de la doctrina del daño *ex re ipsa*, basada en los arts. 1101 y 1124 C.civ. La argumentación se basaba en que «el empleo de un dispositivo de *software* ilegal constituye un incumplimiento contractual que entraña un daño moral *ex re ipsa*».

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Existen puntos en común entre esta sentencia y la STS 167/2020, de 11 de marzo, que fue objeto de mi comentario en el tomo 12º de esta colección (2021, pgs. 149 y ss.). En ésta solo se resolvió la cuestión de la responsabilidad contractual del fabricante no vendedor del vehículo que llevaba instalado el *software*, pero no se cuestionaba la responsabilidad del concesionario que vendió el vehículo ni la existencia de daños morales. Ambas cuestiones habían resultado fijadas en la sentencia de apelación y no se interesó su revisión en casación.

En cambio, en la sentencia objeto del presente comentario, el Tribunal hace, en síntesis, lo siguiente:

- (i) también desarrolla la argumentación que dio en la de sentencia de 2020 acerca de la necesidad de revisión del principio de relatividad de los contratos (lo hace en el Fto. de Derecho Quinto, donde se da respuesta al segundo motivo del recurso);
- (ii) argumenta además en los terrenos de la doctrina de los actos propios en el contexto societario (Fto. de Derecho Tercero, en respuesta al motivo primero);
- (iii) y entra en un ámbito de estricta responsabilidad civil, al tratar de la extensión del *quantum* resarcitorio en casos de incumplimiento doloso (Fto. de Derecho Séptimo, en respuesta al cuarto motivo).

5.1. Aplicación de la doctrina de los actos propios

El primer motivo del recurso tiene importancia capital, y además la respuesta que se da al mismo estaba llamada a condicionar la que el resto de los motivos merecían.

Es conocida la jurisprudencia al respecto: para que proceda la aplicación de la doctrina de los actos propios hace falta que se den estas cinco condiciones:

- (i) debe partirse de la existencia de unos actos válidos y eficaces;
- (ii) han de ser actos libres y voluntarios;
- (iii) tales actos deben ser inequívocos y definitivos;
- (iv) identidad de sujetos, es decir, que quien los lleva a cabo es la misma persona que luego viene a desdecirse de los mismos;
- (v) entre esos actos previos válidos y eficaces, libres y voluntarios, inequívocos y definitivos y los que con posterioridad trata de llevar a cabo el mismo sujeto, debe existir una contradicción, y no cualquier contradicción, sino una completa y absoluta incompatibilidad, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Aquellos actos anteriores han creado una confianza en otro sujeto, que ahora se ve defraudado ante la nueva y contradictoria realidad.

La sentencia recurrida negó que la carta en su momento remitida por VAESA a los compradores de vehículos del grupo Volkswagen supusiera un acto propio de asunción de responsabilidad. Y el Tribunal Supremo admite que si la carta es o no una asunción de responsabilidad constituye, no un hecho, sino una valoración jurídica, por lo cual era perfectamente revisable en casación, y la formulación de este motivo del recurso no constituía *mutatio libelli*. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que el Juzgado de Primera Instancia negó la legitimación pasiva de VAESA por no ser el fabricante del vehículo, cosa que fue impugnada por el demandante al considerar que el contenido de la carta suponía un acto propio de asunción de responsabilidad por VAESA. No era una cuestión nueva, sino que, por el contrario, fue introducida por las partes desde el primer momento en el proceso y fue objeto de pronunciamiento en las dos instancias.

La mencionada carta pedía al consumidor que «tenga la tranquilidad de que su Audi es completamente seguro», se le informaba del propósito de «suministrar progresivamente todas las actualizaciones de *software* desarrolladas para cada modelo y versión», se ponía a su disposición los Servicios Oficiales anunciándole de que se contactaría con él «para que pueda solicitar cita previa en el taller» y se ofrecían las «más sinceras disculpas» del Grupo.

La sentencia no hace especiales esfuerzos para aplicar la doctrina de los actos propios. En cuanto a si concurre el requisito de la identidad de sujetos, efectivamente, VAESA no es lo mismo que VOLKSWAGEN AG, y la Audiencia había negado virtualidad al hecho de que VAESA esté participada al 100%, a través de sociedades del grupo, por el fabricante VOLKSWAGEN AG. Pero eso es a lo que sí da virtualidad el Tribunal Supremo, que entiende que hay acto propio en la carta remitida a los adquirentes y usuarios de vehículos Audi, Volkswagen y de otras marcas del mismo grupo. En ella, VAESA llevaba a cabo una conducta que, conforme dice la sentencia que se comenta, solo puede

significar la asunción en España de una responsabilidad que es la propia del fabricante, reconociendo que la incidencia de los motores Diésel EA189 afectaba al vehículo comprado por el demandante, y le instó a permanecer tranquilo respecto de la seguridad del mismo. Y además se comunicó a los compradores cómo se abordaría tal «incidencia», ofreciendo la solución a través de «nuestros» Servicios Oficiales.

Dice, en suma, el Tribunal que negar la mercantil codemandada su responsabilidad «*no solo va contra sus propios actos sino que además pretende obstaculizar gravemente las posibilidades de resarcimiento de los perjudicados, que tendrían que litigar en Alemania o bien hacerlo en España pero realizando un gasto considerable en la traducción al alemán de la demanda y documentación aneja, y debiendo posteriormente promover la ejecución de la sentencia en Alemania, lo que en litigios de cuantía baja o moderada supone un obstáculo difícil de superar para el perjudicado*».

En la carta no había una mención explícita de una asunción de responsabilidad por daños y perjuicios, pero a la sentencia le parece suficientemente expresiva e inequívoca. Ciertamente, hay alguna dosis de voluntarismo en la apreciación de los requisitos (iii) y (v) –a saber, que se trate de actos inequívocos y definitivos, y que exista completa y absoluta contradicción con la conducta subsiguiente–, algo, en fin, que lleva a la concluyente estimación del motivo.

5.2. *De nuevo sobre la conveniente revisión del principio de relatividad de los contratos*

En el Fto. de Derecho Quinto, la sentencia da respuesta al segundo motivo del recurso. Para ello, y como se trataba de un motivo sustancialmente idéntico al que fue resuelto en la STS 167/2020, de 11 de marzo, el Tribunal Supremo se limita a reproducir lo que considera afirmaciones sustanciales contenidas en ésta. Sin embargo, y como la STS 167/2020 contiene un desarrollo de la idea mucho más detallado, el lector me permitirá que reproduzca, de modo sintético, las reflexiones que hice en relación con esa sentencia anterior (2020, pgs. 154 y ss.).

En aquel caso, el recurso se fundamentó sobre el primer inciso del artículo 1257 C.civ.: «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*». Principio de relatividad de los contratos que comporta que «*nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención*», dice la sentencia. Es cosa de otros, y «*res inter alios acta, nec prodest, nec nocet*».

Dijo entonces el Tribunal Supremo, haciendo historia del principio: «*Esta consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, que no producen efectos respecto de quienes no han intervenido en su otorgamiento, no generaba especiales problemas cuando se promulgó el Código Civil. La sociedad española de aquel momento era una sociedad agrícola y artesanal. Los procesos económicos eran bastante simples y quienes intervenían en ellos tenían, por lo general, una situación*

independiente respecto del resto de intervinientes. La compraventa contemplaba las adquisiciones de objetos ya usados, fundos, animales, productos naturales, etc. El contrato de obra, las de productos fabricados por encargo del adquirente, que era la forma usual de fabricar productos elaborados. Por tal razón, los problemas derivados de los defectos de fabricación y la correspondiente responsabilidad del fabricante fueron tomados en consideración en el contrato de obra».

El cambio de paradigma y la progresiva revisión del principio se produjo en el ámbito de la construcción y venta de inmuebles. Esa misma STS 167/2020 continúa diciendo: «*Sin embargo—Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 8)—, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en especial cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas. Del encargo se pasó a la puesta en el mercado de forma masiva, eliminándose el carácter individualizado del objeto adquirido y cobrando relevancia la adecuación del mismo a la descripción genérica con la que se puso en el mercado y se publicitó».*

«Así ocurrió en la construcción y venta masiva de inmuebles, donde se pusieron de relieve las insuficiencias de la regulación del contrato de obra por ajuste o precio alzado y del principio de relatividad del contrato. Ello llevó al Tribunal Supremo a excepcionar este principio y atender a la conexión existente entre el contrato de obra celebrado entre el promotor y el contratista y/o el arquitecto, y el posterior contrato de compraventa del inmueble celebrado entre el promotor y un tercero, de modo que extendió al comprador la legitimación para ejercitar la acción que el promotor tenía contra el contratista o el arquitecto con base en el artículo 1591 del Código Civil» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 9).

«Esta excepción al principio de relatividad de los contratos atendió a varios factores, fundamentalmente la unidad del fenómeno económico de construcción y venta de viviendas y la correspondencia entre el daño sufrido por el acreedor en el segundo contrato (el comprador de la vivienda) y la violación de las obligaciones de los deudores (contratista o arquitecto) en el primer contrato, el de obra» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 10).

Ya muchos años antes, la STS de 5 de mayo de 1961 comenzó a marcar una pauta en la que estaba presente más la pretensión tuitiva del perjudicado que la necesidad de buscar una vestimenta técnica a esta extraña subrogación por la cual todo adquirente «*percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad*». Otras fórmulas para lograr el mismo objetivo fueron las del crédito «*ob rem*» o la de considerar al promotor vendedor como constructor (STS de 29 enero 1983 [crítica de Bercovitz, 1983, pgs. 123 y ss.]).

A pesar de que en nuestro Derecho no hay un precepto, regla o principio que establezca que al subadquirente de un bien se le transmiten con la propiedad las acciones que el vendedor tuviera contra su propio transmitente, la

línea más común ha consistido precisamente en ampliar la excepción al principio de relatividad del contrato, confiriendo legitimación contractual a los sucesivos adquirentes del edificio, como vemos en las SSTS de 3 de febrero de 1995, 27 de marzo de 1995 o 6 de febrero de 1997. Dice esta última: «*Sintéticamente, se puede decir y de acuerdo con doctrina pacífica y constante de esta Sala, en relación a las acciones derivadas del artículo 1591 del Código Civil, que el adquirente de un determinado inmueble, recibe con su acto de dominio, todas las acciones que defiendan su propiedad, y además dicho artículo 1.591 establece la responsabilidad del contratista y técnicos en caso de ruina durante el plazo de diez o de quince años, según el caso, sin distinguir si la finca, en cuestión, ha cambiado, o no, de propietario.*»

Y el otro contexto en el que la STS 167/2020 pone la atención es, lógicamente, el de la fabricación y venta de automóviles:

«La contratación en el sector del automóvil presenta también particularidades que justifican limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil, y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 11).

Y son esas particularidades las que enfrentan al principio de relatividad con la realidad del mercado de nuestros días, donde casi nunca el fabricante vende al consumidor final lo que fabrica:

«En este campo de la fabricación, distribución y venta de automóviles se observa que la regulación de los contratos como unidades autónomas pugna con la realidad económica. Los elementos fundamentales de las relaciones económicas en este sector del automóvil son los situados en los extremos, esto es, el fabricante y el comprador, mientras que los sujetos intermedios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia. Los automóviles vienen terminados de fábrica y esos sujetos intermedios constituyen un simple canal de distribución, que en ocasiones se diferencia poco de otros sujetos colaboradores del fabricante, pese a que desde el punto de vista jurídico esos sujetos intermedios sean operadores independientes y constituyan una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 12).

Si entre esos extremos no hay propiamente contrato, sí existe algo que se aproxima, que el Alto Tribunal califica como «vínculo con trascendencia jurídica»:

«Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente, que es usual en este sector, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 13).

«Por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 14).

«En estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes que, en el caso de ser consumidores, tienen recogido expresamente como uno de sus derechos básicos “la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos” (artículo 8.c TRLCU). Su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente. Asimismo, puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el artículo 1107 del Código Civil, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 15).

«Por las razones expuestas, en estos casos, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 16).

«Sentado lo anterior, en este sector de la contratación, una interpretación del artículo 1257 del Código Civil que respete las exigencias derivadas del artículo 8.c) TRLCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (artículo 3 del Código Civil), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distri-

bución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final)» (Fto. de Derecho Cuarto, cardinal 17).

Y ahora, en la STS de 23 de julio de 2021, la Sala, que reproduce varios de los párrafos anteriores en el Fto. de Derecho Quinto, concluye estimando el motivo, combinando la *nueva* doctrina con el hecho de que la carta enviada por la distribuidora constituía un acto propio, afirmando sin paliativos que el comprador puede exigir responsabilidad por incumplimiento contractual contra ella.

5.3. *Matización obligada de esa revisión y dificultades para llevarla a cabo*

Con todo, debo insistir en algo que ya pude indicar en mi comentario a la STS 167/2020. A veces, la jurisprudencia ha manejado la idea de que el tenor del artículo 1257 C.civ. no excluye que los sucesores a título singular puedan ostentar la misma posición que sus causantes. El artículo 1257 habla de «herederos», pero el Tribunal Supremo cometió en la STS de 1 de abril de 1977 un exceso verbal manifiesto: es cierto que «la palabra “tercero” adolece de gran imprecisión, ya que no solo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino que además () excluye también a los herederos de los que los otorgan». Pero ahí es donde se da el salto conceptual: *a los herederos () «es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título particular*, por lo que únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes; consiguientemente, y por virtud de la regla “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta».

Evidentemente, la ampliación de efectos no puede tener semejante amplitud. Lo que en realidad se quiere decir, aunque ninguna de las sentencias pronunciadas por el Pleno de la Sala en este asunto lo haya hecho de manera explícita, es que el causahabiente a título particular se ve afectado por los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella *si influyen en el derecho que se transmite*. No cabe dar al término «herederos» en el artículo 1257 una extensión en la que quepa cualquier causahabiente de los contratantes. Otra cosa es que haya ámbitos de la contratación en los que la transmisión de los efectos se deba entender operada. Así sucede en la materia de edificación, donde el promotor aparece como responsable de lo mal construido, repercutiendo así el defectuoso cumplimiento de los contratos de obra sobre los adquirentes del inmueble (artículo 17.3 LOE). Y así sucede también en determinadas esferas de la legislación de consumidores y usuarios, cuando en materia de garantía y falta de conformidad se permite en determinadas ocasiones pedir al fabricante no vendedor (artículo 124 TRLGDCU) la reparación

o la sustitución por otro producto, o la rebaja del precio o hasta la resolución del contrato.

Hablaremos, en fin, de suavizar la rigidez del principio de relatividad de los contratos cuando se aprecie que con la cosa se transmiten, a modo de derechos accesorios, las acciones que el transmitente habría tenido contra su propio contratante. Pero mientras no exista una norma general que permita extender los efectos de los contratos porque se deduzca de la naturaleza de éstos o del tipo de cosa o derecho que se transmite (y desde luego, la venta de automóviles puede ser un contexto paradigmático), querer combatir la rigidez del artículo 1257 C.civ. a golpe de casuística no es una respuesta satisfactoria. Como dijera Cadarso Palau para el ámbito del contrato de obra con subsecuente venta de la casa construida (1976, pg. 194), es más bien el fruto de querer atender una necesidad con sentido común, con lógica y con equidad.

5.4. Alcance del resarcimiento en los casos de incumplimiento doloso

5.4.1. EL ENIGMÁTICO DAÑO *IN RE IPSA*

Dice la sentencia que se comenta que *«esta sala, en numerosas resoluciones, ha declarado que la existencia y valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva pero ello no impide que los tribunales puedan declarar su existencia y valorar estimativamente la indemnización de los mismos ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso»*.

Esta consideración merece un breve apunte previo. Que el daño es uno de los hechos constitutivos de la pretensión, y que, conforme a lo dispuesto por el art. 217.2 LECiv., desde esa misma condición debe ser probado por el demandante, es algo incontestable. Pero esta regla sobre la carga de la prueba no quita para que en ocasiones la ley se ocupe de presumir el daño en determinadas situaciones. De hecho, el art. 385.1 LECiv. dispone que *«[L]as presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones solo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba»*. Un buen ejemplo es el que brinda el art. 9.3 de la LO 1/1982: *«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima»*. La sola prueba de que en una mesilla de noche se había colocado un pequeño micrófono u otro dispositivo para captar sonido o imágenes es prueba de la intromisión ilegítima (prueba de la «acción», en lenguaje de responsabilidad civil). Pero como el precepto anuda una cosa con la otra, el actor no tendrá que demostrar el daño sufrido (vgr., cuáles y cuántas grabaciones se han llevado a cabo con el adminículo en cuestión), pues es la propia ley la que presume el daño causado.

El daño *in re ipsa* también se encuentra en el contexto de los ilícitos competenciales. Desde su reforma de 2017, el art. 76.3 LDC establece una novedad interesante: *«Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario»*.

5.4.2. LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Resulta bastante llamativa la pretensión del actor en relación con los daños morales. Que nueve años después de adquirir el vehículo se aduzca el engaño sobre la contaminación real que había estado emitiendo el vehículo, se agreguen las molestias subsiguientes a tener que iniciar un litigio, y también las dudas acerca de cómo se verá afectado tras la reparación, y hasta la preocupación acerca de si pasará o no en lo sucesivo las preceptivas inspecciones técnicas para seguir circulando o de cuál será la afectación en el impuesto de circulación... se antoja excesivo, si todo ello va acompañado de una reclamación de 11.376 euros. Además, en la argumentación vienen a mezclarse partidas de naturaleza bien diversa, dando como resultado una *causa petendi* bastante proteica.

Muy singular manera de evaluar en forma de daño moral apelando a los sentimientos de zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre, inquietud o fastidio provocados al comprador que, tanto tiempo después, dice que había sido engañado. Dice el Tribunal Supremo, en fin, que la cantidad es «*manifiestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante*». Por esta razón, la Sala considera razonable establecer una indemnización de quinientos euros a cargo de Vaesa. Leyendo la sentencia, no he dejado de recordar la monografía del profesor Díez-Picazo *El escándalo del daño moral* (2008), y al tiempo me he reafirmado en la idea de que hay problemas que no se pueden resolver en sede de responsabilidad civil.

5.4.3. DAÑO MORAL *IN RE IPSA*, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ALCANCE DEL CRITERIO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA FUNDAMENTADORA DE LA RESPONSABILIDAD

Hay algo en este Fto. de Derecho séptimo que tiene más sombras que luces. Si se da por probado que, en efecto, hubo empleo de un *software* ilegal –y hablo ahora a título de pura hipótesis, por más que la sentencia lo afirme concluyentemente–, habrá que admitir que nos encontramos ante un daño *in re ipsa*, porque del empleo de ese hipotético *software* ilegal nacen daños que «*son consecuencia forzosa, natural e inevitable, daños incontrovertibles, evidentes y patentes*». Pero es que, de ser así, la razón sería, a mi juicio, una bien distinta a la manejada por el Alto Tribunal.

Y es que la sentencia dice que en términos generales, no existe imputación objetiva entre el incumplimiento de un contrato y el daño moral, pues en el con-

trato no se tomó en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (vgr., la integridad moral, la dignidad o la libertad personal) y no se puede entonces tener en cuenta este tipo de daños conforme al criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad (norma que, en este caso, no es otra que el contrato). Pero a continuación el Tribunal añade que en el caso, al haber existido un incumplimiento doloso, la imputabilidad se amplía con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1107, p^o 2^o C.civ.: *«En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»*.

En mi opinión, siendo cierto que en el incumplimiento doloso se debe indemnizar por todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento, ello no significa necesariamente que si el incumplimiento no es doloso no quepa hablar de daños morales. Desde luego, *«todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento»* (p^o 2^a) son, obviamente, más que los daños *«previstos o que hubieran podido preverse»* (p^o 1^o). Pero que la diferencia esté en que en el p^o 2^o caben los daños morales porque la norma fundamentadora de la responsabilidad se *alarga* como criterio de imputación no es necesariamente cierto.

Y es que las afirmaciones de la sentencia invitan a pensar que el deudor no doloso no responde de más daños morales que los que hubieran sido previstos o hubieran resultado previsibles al tiempo de constituirse la obligación. Creo que no es así, aunque es cierto que la STS de 23 de julio de 2021 se apoya en la de 15 de julio de 2010, varios de cuyos párrafos reproduce, con incorrecta cita de los artículos 9:501 y 9:503 de los Principios Europeos del Derecho de Daños (PETL), cuando en realidad quiere decir Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL). A mi entender, ambas sentencias dicen más de lo que quieren decir. Está claro que en el caso de incumplimiento doloso de un contrato, la imputabilidad resulta ampliada, y cierto también que por ello no puede el juez limitar el alcance de la responsabilidad.

En el artículo 9:501 PECL se reconoce al perjudicado un derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, lo que incluye las pérdidas no pecuniarias. Lo que no dice el precepto es que para ello es necesario que el incumplimiento no sea doloso. Y, el artículo 9:503, al estilo de lo que vemos en el artículo 1107, p^o 1^o C.civ., dice que *«[l]a parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente»*. Pero eso solo significa que el deudor doloso (dejemos ahora al gravemente negligente) responde más allá de lo previsto o que hubiera podido preverse, una limitación que solamente juega para el incumplidor no doloso.

La diferencia no está entonces en que en un caso no quepa el daño moral y en el otro sí. Ciertamente, en el caso que terminó con la STS de 15 de junio de 2010 había dolo, y se admitió la indemnización por los daños morales causados en la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, por consecuencia del cierre de una empresa, motivada a su vez por el engaño en la venta de unas participaciones societarias. Pero eso no significa que si no existe dolo

no cabe el daño moral, ni tampoco que, si cabe el daño moral, éste haya de calificarse como extracontractual. Los contratos no obligan solo «*al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*» (artículo 1258 Cciv.).

La norma fundamentadora de la responsabilidad es, en fin, el contrato y *su atmósfera natural*. Y, llegado el caso, las consecuencias del incumplimiento deben incluir el daño moral, haya dolo o no lo haya. No compartiré nunca, por ejemplo, la idea de que los daños en bienes de la personalidad no forman parte de los previstos o previsibles por las partes cuando contrataron, y me parece muy forzado mantener que es el dolo lo que permite ampliar el perímetro protegido por el contrato o el conjunto y tipología de los bienes y derechos. Lo que sucede es que en caso de dolo es más fácil apreciar tal ampliación.

Dentro de la tipología del daño, existen, en fin, los daños morales derivados del contrato, como cumplidamente he dicho con anterioridad (2021, pgs. 130 y, sobre todo, pg. 205). Resultó ejemplar (por lo novedoso que fue el argumento en aquel tiempo) la STS de 9 mayo 1984, que admite el daño moral por el incumplimiento de un contrato de suplemento publicitario, y que lo hace entendiendo también que a veces los daños se prueban *in re ipsa* porque el incumplimiento deja ver «*un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código civil*».

También es modélica la STS de 23 marzo 1988, que trató de un caso en el que un esquiador resultó gravemente lesionado en una estación de esquí. El Supremo decide que el contrato de transporte obligaba también, como uso integrador (art. 1258), a informar sobre el estado de las pistas: «*las obligaciones asumidas por Baqueira Beret S.A., y aceptadas por sus clientes, no se circunscriben como aquella entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas*».

Con posterioridad, aplica decididamente el artículo 1258 C.civ. con igual sentido la STS de 20 de diciembre de 2004, que trata de un caso desgraciado en el que la asesinada había sufrido una agresión en el interior de las dependencias del Metro, sin que hubiera vigilantes que la hubiesen podido auxiliar a pesar de que en esa concreta estación ya se habían producido repetidamente agresiones, robos, violaciones, lesiones y asesinatos. Murió después de recorrer, agonizante, cuarenta y cinco metros en el vestíbulo de la estación. Pues bien, ante la reclamación planteada por el viudo y la perplejidad que provoca la sentencia recurrida cuando dijo que entre la víctima y la compañía del Metropolitano no existía relación contractual alguna porque ella todavía no había introducido su billete en el dispositivo de control cuando fue agredida,

el Tribunal Supremo entendió (sin duda, para evitar la aplicación del plazo de un año de la responsabilidad extracontractual) que las obligaciones contractuales del transportista comienzan a ser efectivas, no durante el trayecto estricto, sino antes, ya cuando se accede a sus dependencias. La Compañía de Metro de Barcelona se encuentra obligada contractualmente a proporcionar seguridad, y no solo transporte, a los usuarios.

Y así, es daño moral derivado de contrato la humillación que sufre el cliente del hotel a quien se aloja en el cuarto de planchar, el que padece el dueño del piso por las molestias y el insomnio que le produce una calefacción ruidosa y que no funciona, el disgusto infligido a los novios cuando el servicio de banquetes contratado resulta ser pésimo... (son solo algunos de los ejemplos que trae a colación Domínguez Hidalgo, 2000, pg. 434), y hasta la zozobra provocada por el retraso injustificado de ocho horas en un vuelo (STS de 31 de mayo de 2000) o el daño a la intimidad sufrido por el paciente cuyo médico no cumple el secreto profesional. No se puede insinuar que el p^o 2^o del art. 1107 es la única vía para reconocer la viabilidad del daño moral derivado de contrato, porque no hace falta que exista dolo para que el daño sea indemnizable. Al recaer sobre bienes distintos de aquel que componía el objeto de la obligación asumida por el deudor, serán daños *extrínsecos*, pero no por ello *extracontractuales*. Que el deudor haya tenido conciencia y voluntad de incumplir o haya sido simplemente negligente es otra cosa.

5.5. Conclusión

La sentencia abunda en la idea ya manejada en la STS de 11 de marzo de 2020: aunque no exista propiamente contrato entre el fabricante y el adquirente final del vehículo, cabe hablar de acciones por incumplimiento contractual, porque el fabricante no puede ser considerado como un tercero totalmente ajeno al contrato, ya que existen entre ambos unos vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente.

Y seguramente que la contratación camine en esa dirección, como advertimos comprobando los sectores concretos referidos (singularmente, en la edificación). Pero para que el principio de relatividad, que constituye una regla tan vertebrada e intemporal del Derecho de contratos, abra su alcance a los subadquirentes a título particular sería necesaria una intervención del legislador, para que no quede todo confiado a los avatares de la casuística.

Por lo demás, y si esta sentencia admite que el vehículo puesto en el mercado no reunía las características técnicas que, en cuanto a emisiones contaminantes, fueron anunciadas, y admite también que además se había instalado en el mismo un *software* que desactivaba las emisiones contaminantes cuando detectaba que estaba siendo sometido a la preceptiva inspección técnica, solo podía concluir diciendo que la infracción permite aplicar la doctrina del daño *in re ipsa*, de tal manera que quedan comprendidos los daños morales padecidos. Naturalmente, en

el comentario de una sentencia firme solo se pueden dar por sentados los hechos que la propia sentencia declara probados y razonar a partir de los mismos. Pero hay que reconocer que queda tras su lectura una ligera sensación de que tal vez se contenga en la lógica argumental alguna petición de principio

Lo que llama positivamente la atención es la ponderada valoración de los daños morales sufridos por el comprador, que aducía incertidumbre y desasosiego por el descubrimiento de la situación de un vehículo que había comprado nada menos que nueve años antes. Se valoran como daños *in re ipsa*, y por tanto, no necesitados de pruebas demasiado exigentes. Pero se valoran, justa y discretamente, en 500 euros, o lo que es lo mismo, más de 22 veces menos de lo solicitado en la demanda.

Sin embargo, creo que la sentencia contiene un exceso argumental, al dar a entender, siguiendo la estela de la STS de 15 de junio de 2010 y haciendo un cierto *escarceo* en torno a los criterios de imputación objetiva, que la indemnización por daños morales derivados del incumplimiento de un contrato solamente procede en caso de incumplimiento doloso.

6. Bibliografía

- CABANILLAS SÁNCHEZ, «La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 abril 1977)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, n° 3, pgs. 667 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Contrato de obra. Vicios en edificios, compraventa, comunidades de propietarios», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 1, 1983, pgs. 125 y ss.
- CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, Santiago de Chile, 2000.
- GARCÍA MONTORO, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/Si-adquirio-un-Volkswagen-contaminante-no-puede-devolverlo-y-pretender-el-reembolso-de-su-dinero.pdf>
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2000.
- RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid, ed. Dykinson, 2021.

