

Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se contraponen las soluciones dispares dadas por los tribunales supremos español y alemán en el asunto de la compra del vehículo Volkswagen dotado del software de encubrimiento de emisiones contaminantes.

1. Fabricante global y Derecho local

La globalización económica acarrea la interesante consecuencia jurídica de que un suceso de mercado, uniforme a lo largo del escenario físico en el que tienen lugar los intercambios económicos, es, sin embargo, valorado, calificado y resuelto con modelos jurídicos que son idiosincráticos de cada jurisdicción. Esto es lo que ha ocurrido señaladamente con el asunto *Dieselgate*, en el que se vio envuelto el mayor fabricante europeo de automóviles (Volkswagen), arrastrando tras sí a sus filiales (Seat, Skoda), que equipaban sus vehículos con motores suministrados por la agencia central. El *Dieselgate* es probablemente hoy el más apasionante reto que tiene por delante la arquitectura técnica del Derecho de contrato y del Derecho de daños. No porque se trate (y menos hoy, pasada ya la revuelta) 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. Y para probar con qué distintos instrumentos se puede construir una respuesta y cómo de diversas pueden llegar a ser éstas en cada jurisdicción, contrapondré aquí las muy diferentes soluciones que han dado al

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

asunto el Tribunal Supremo español y el alemán. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Supremo 167/2020, de 11 marzo, y a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán [BGH] (Civil) de 25 mayo del 2020.

2. La solución española

La presentación sumaria de los hechos la tomamos del documento español, que a su vez se apoya (y casa en parte) en una sentencia de la Audiencia de las Islas Baleares. El 30 de septiembre del 2013 Susana compró en Talleres Menorca S. L., concesionario oficial del grupo Volkswagen en Mahón, un vehículo Seat Ibiza con motor diésel fabricado por la demandada Seat. Dos años después, dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un *software* que desactivaba las emisiones de óxidos de nitrógeno (NO_x: combinación de óxido nítrico —NO— y dióxido de nitrógeno —NO₂—) 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. La demandante alegaba que, además de haber sido engañada sobre las emisiones contaminantes del vehículo que adquiriría, la modificación que debía sufrir el vehículo para cumplir los estándares de emisiones con los que había sido ofertado no sólo podía suponer una reducción de potencia y un aumento del consumo, sino que también causaba incertidumbre sobre si el vehículo pasaría favorablemente o no las preceptivas homologaciones técnicas para seguir circulando, si pasaría las próximas inspecciones técnicas de vehículos y sobre cómo quedaría afectado en materia de impuestos —tras las deducciones en el impuesto de vehículos— y tasas municipales a la hora de circular por tratarse de un vehículo que estaría a partir de ese momento más penalizado por ser más contaminante; asimismo, no se sabía si de ello podría derivarse alguna consecuencia negativa fiscal relacionada con las deducciones efectuadas en el momento de la compra al tratarse de un producto «ecológico» y, por lo tanto, con mejor tratamiento fiscal. La Audiencia Provincial estimó en parte la demanda frente al vendedor, Talleres Menorca S. L., al que condenó a indemnizar a la compradora en quinientos euros por los daños morales consistentes en la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude y la inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación que se pudiera interponer o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor, así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual. Confirma, empero, que no existe vicio del consentimiento ni incumplimiento esencial porque el vehículo funciona sin trabas ni hay incumplimiento contractual acreditado, por lo que desestima las otras pretensiones formuladas contra la concesionaria y el fabricante. No se han acreditado deficiencias en el uso del vehículo ni tampoco que no pueda pasar la inspección técnica de vehículos (ITV) con la corrección técnica ofrecida por Volkswagen. En definitiva, no nos hallamos ante un supuesto de frustración del fin del contrato o de entrega de cosa distinta a la pactada que justifique la resolución del contrato.

En casación no se avoca el entero problema y sólo llegan dos extremos —planteados por una y otra parte—: primero, si debe responder también Seat del daño moral reconocido en la

instancia; segundo, si procede en general una indemnización por el daño moral en los términos y cantidad dictados por la Audiencia. El Tribunal Supremo va a casar la sentencia en el primer punto y a confirmarla en el segundo. La condena a daños morales generados por la «zozobra y la duda» es procedente, pero también debe ser condenado solidariamente Seat, aunque no sea el vendedor. Seat es condenado, con todo, *por vía contractual*, merced a una interpretación prolija, pero insuficiente, desenvuelta por la Sala para justificar una lectura *actual* de la regla de privacidad de los contratos del artículo 1257 del Código Civil. «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 publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante».

No se entiende bien esta argumentación —que, además, parece ser contrafáctica— porque los instrumentos de armonización europea (que la Sala ni cita) dejan bien clara la radical contraposición entre la responsabilidad del fabricante (que sólo respondería de los daños *materiales en otros bienes distintos del vehículo* y de los daños económicos y morales que tuvieran su origen en un *daño corporal*) y la responsabilidad del vendedor, que responderá *de toda falta de conformidad*, aunque tenga su origen en una falsa expectativa del comprador generada por declaraciones del fabricante.

Es notorio que la constricción casacional delimita inflexiblemente la cancha en la que el Tribunal Supremo puede resolver. No es imposible que en el futuro se plantee otra casación en términos diversos y la Sala se vea abocada a reconocer una especie de responsabilidad extracontractual específica del fabricante —o a negarla del todo— distinta de la fundada en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de daños causados por productos defectuosos. Con todo, por el modo con que el asunto del *Dieselmotor* se ha planteado en los tribunales de instancia españoles y por el esfuerzo constructivo de la Sala alrededor del artículo 1257 del Código Civil, me parece una opción poco probable.

3. La solución alemana

La solución ofrecida —con amplia fundamentación— por el Tribunal Supremo alemán es *sorprendente* para un jurista español, pero bien esperable si se conoce qué clase de *Derecho de daños suprallegal* han construido la doctrina y la jurisprudencia alemanas a partir de un nicho normativo aparentemente limitado, el artículo 826 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), que se refiere, con terminología y énfasis propiamente alemanes, a los daños causados *dolosamente en contra de las buenas costumbres*. En la praxis, esta norma ha abandonado su lugar residual y ha ocupado *prácticamente todo el espectro del Derecho aquiliano de daños*, de forma que hoy resulta absolutamente falso seguir sosteniendo —como se hace tanto en el papel académico como en las opiniones legales— que el Derecho alemán de daños es un sistema de lista cerrada y que se protegen por vía de responsabilidad únicamente determinados bienes jurídicos suficientemente caracterizados. La norma se expresa

de esta forma: «Quien causa dolosamente daños a tercero de una forma que ofende las buenas costumbres está obligado al resarcimiento». Pero ¿para qué esta norma de apariencia residual si para responder de los daños sólo se requiere por lo general *culpa*? No es así, empero, porque, si sólo hubiera culpa, el causante respondería de los daños causados a una lista determinada o determinable de bienes jurídicos y la responsabilidad no se extendería a los daños puramente económicos ni, desde luego, a los que denominaré, para explicar la sentencia alemana, *daños puramente jurídicos*. En otras palabras, Volkswagen no tendría que responder por el *Dieselgate* frente a los compradores de vehículos manipulados (y luego restaurados).

Es singular que también el tribunal alemán pasa de largo, sin considerarlo un punto, el régimen armonizado europeo de responsabilidad del fabricante y el propio de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad. Ni tan siquiera se toma la molestia de justificar que existe un Derecho nacional de la responsabilidad que cubre residualmente las lagunas del sistema europeo, mediante el cual, definitivamente, ni el vendedor ni el fabricante responderían por el *Dieselgate*.

Según el tribunal alemán, el fabricante incurre en la responsabilidad fundada en el precepto citado. La conducta de defraudación en materia de manipulación informática de emisiones es escandalosamente dolosa. Aunque el estándar normativo infringido sea una norma muy sectorial —que no tiene por objeto ciertamente *proteger los intereses de los compradores*—, esta estrategia del fabricante violenta el orden de valores que la sociedad alemana erige como modelo de *buenas costumbres*, de moralidad social. Es socialmente inaceptable, es «especialmente reprobable» (*besonders verwerflich*) perseguir un lucro empresarial sobre la base de una mentira que choca con el «sentimiento de decencia» (*Anstandgefühl*) exigido por toda persona honesta. Y de tal forma es así valorada por la conciencia social que los máximos responsables de la compañía reconocieron públicamente la falta cometida, *pleading guilty*, autoinculpándose de la traición que ello comportaba al orden de valores socialmente esperados de una empresa como Volkswagen.

¿Y cuál es el daño sufrido por el actor? Como el tribunal no sufre ahora las restricciones normativas del artículo 823 del Código Civil alemán, no es preciso que la conducta dañosa haya golpeado negativamente en bienes jurídicos caracterizados (salud, honor, propiedad, etc.). No es preciso que el afectado pruebe que se ha producido un impacto lesivo en un bien jurídico que tiene un valor en el mercado ni que acredite que como consecuencia de la compra hay una diferencia negativa en la situación patrimonial del comprador frente a la que existiría de no haberse realizado la compra en cuestión. Uno sospecha, como español, que la solución se precipitará necesariamente al terreno del daño moral. Pero el artículo 253 del Código Civil alemán aborta esta posibilidad, y el *Dieselgate-Schade* no puede ser resarcido como daño no patrimonial. Como consecuencia de esta restricción, el proceso lógico tiene que derivar por unos canales que llevan a la producción de un tremendo *denouement* conceptual y que, por ser idiosincrático de sus propias limitaciones, el Derecho alemán no puede exportar.

El daño es la determinación de la voluntad del comprador que se construye bajo condiciones creadas por la mentira inmoral. El daño se produce por haber comprado. El contrato es el daño. No por haberse celebrado un contrato que resulte lesivo en términos económicos, sino por haberse celebrado un contrato que no se hubiera celebrado de no haberse producido este fraude de estrategia empresarial. El daño es puramente jurídico, exquisitamente ajeno a cualquier función económica a la que pueda causalizarse el contrato. Se trata de la lesión de un derecho de determinación jurídica cuyo contenido y resultados económicos reales son irrelevantes. Y en esto, la sentencia se limita a seguir precedentes alemanes muy consolidados (cfr., por todos, WAGNER, *Münchener Kommentar BGB*, 7 Auf, 2017, § 826, nn. 42, 43, 66) que, por la vía de la regla del daño doloso e inmoral, han conquistado terrenos (¡quién lo hubiera dicho en 1900!) que ya han dejado muy atrás el otrora fundamental problema de los daños puramente económicos. Eso pertenece al pasado. Ahora se indemnizan incluso los daños puramente jurídicos. El resarcimiento exigible es el «apartamiento» del contrato, su ineficacia retroactiva articulada por la vía de la responsabilidad aquiliana y no por la de nulidad por vicios del consentimiento.

A pesar de los intentos del comprador por evitarlo, el tribunal de casación acaba reconociendo que al actor debe practicársele una *compensatio lucri cum damno* de 5900 euros. No puede recobrar todo el dinero pagado y tendrá que compensar el crédito de restitución con el valor del uso (en kilómetros) ya consumidos. Con fino criterio, el comprador apuntó al artículo 817 del Código Civil alemán: no hay restitución de aquello que se entregó o pagó contra las buenas costumbres. La alusión no era improcedente, pero el tribunal alemán respondió a esto como es común que lo hagan los órganos judiciales cuando el discurso argumentativo ha llegado a un punto en que resulta irreversible: este precepto —objeta la Sala— es propio del régimen del enriquecimiento sin causa y no puede ser aplicado más allá de su propio contexto. Argumento pobre, como prueba una recentísima sentencia del Tribunal Supremo español que, para un supuesto parecidísimo, decidió aplicar el artículo 1306 del Código Civil (equivalente del artículo 817 BGB) a la pretensión de restitución derivada de un contrato fraguado con dolo (STS de 18 de septiembre del 2019).

4. Contraste y propuesta

¿No hubiera sido más expedito para el juez alemán haber empleado el remedio de la anulabilidad por dolo? Es posible, pero también en Alemania existen restricciones casacionales, y el problema ya viene configurado desde la instancia. Dejando esta circunstancia al margen, para acudir a la vía de la nulidad por engaño, el juzgador tendría que haber sostenido —como el Tribunal Supremo español— que el fabricante es vendedor y parte del contrato. Pero ¿para qué necesita este esfuerzo constructivo el juez alemán si puede obtener los mismos efectos de cuasi nulidad y cuasi restitución merced al universal precepto residual del Derecho de la responsabilidad aquilina fundada en el dolo inmoral?

Esa vía de la nulidad no se ha explorado tampoco en el modelo español expuesto. Y no creo que se deba explorar. No sólo porque introduce costes de transacción restitutorios propios

de los artículos 1303 y siguientes del Código Civil (¿quién devuelve qué precio?). Pero, principalmente, porque *al menos en Derecho español no se puede admitir la procedencia de una acción restitutoria in pristino si el demandado ofrece eliminar la lesión causada por el error o el dolo*. Con estas condiciones, persistir en la restitución y la nulidad sería abuso de derecho. En Derecho español no dejaría de existir abuso de derecho por la circunstancia de que el demandado no estuviera en condiciones de restituir o reparar al actor en el *derecho puramente ideal* de haber producido una declaración de voluntad sin vicios. Yo creo que en nuestro Derecho no es este constructo un *bien jurídico*. Ni tan siquiera por la vía de la nulidad por vicios se protege la *pura voluntad*.

Por la misma razón no llevaría a ninguna parte el remedio de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil. Es exigible que el incumplimiento del contrato sea «esencial» y que «frustre» las expectativas contractuales del comprador. De otra forma, no procede la resolución. No puede considerarse que el incumplimiento del fabricante sea de esta clase, supuesto que hubiera incumplimiento alguno. Una vez más, entre nosotros ha de valer preponderantemente la consideración de los intereses económicos que se quieren realizar mediante el contrato. El contrato de compraventa de un vehículo Volkswagen no tiene como propósito causal *producir una declaración de voluntad libre de error* ni adquirir un producto que no esté contaminado por la mentira social de su fabricante.

En España no podemos seguir el camino de la responsabilidad aquiliana. No tenemos un nicho específico para el castigo del dolo inmorale con un *ars puniendi* que, por punitivo, haga posible cualquier metamorfosis entre daño aquiliano y contrato. Nosotros tendríamos que fundamentar una solución tal en la regla general de la culpa e imponer consecuencias como la alemana en casos en que no existiera mentira ni inmoralidad de la conducta. Esto llevaría más allá de lo razonable, y más en un sistema como es el nuestro, que, aunque se dice de «lista abierta», seguramente, empero, no tiene recursos técnicos para fundamentar siquiera el resarcimiento del daño extracontractual puramente económico.

En definitiva, no debemos manipular el «contrato» con el instrumental del Derecho de daños. El contrato *no puede ser un daño distinto* del propio daño que en su caso produzca *insatisfacción contractual*, para la cual sirven y bastan los recursos del Derecho de contratos.

La solución española del daño moral es pragmática y puede generalizarse. El Derecho de contratos puede *absorber* la pretendida disconformidad del *Dieseltgate*, de forma que no sea preciso ni justo ningún remedio restitutorio. Pero queda la «zozobra y la duda». Sería querer «matar moscas a cañonazos» poner los remedios restitutorios al servicio de esta urgencia y produciría una ineficacia *in pristino* con resultados que excederían palmariamente el interés de cumplimiento del comprador. Está bien concederle quinientos euros por la vía de una acción de daños (contractuales, seguramente, en el escenario elegido por el Tribunal Supremo), que no tiene costes especiales de reordenación del intercambio original y que de alguna manera cumple la respuesta punitiva y preventiva que todo *engaño* merece.