LA LEY

ACTUALIDAD Civil

NÚM. 3 • MARZO 2024

Director: **Xavier O'Callaghan Muñoz**
Codirectora: **Sonia Calaza López**

LA LEY

Actualidad Civil 3/2024

Derecho Inmobiliario

Debate jurídico

- Arbitraje y desahucios, coordinado por *Alejandro Fuentes-Lojo Rius*, con *Antonio Salas Carceller, Ángel Carrasco Perera, Federico Adan Domenech y Mª José Achón Bruñén*

A fondo

- La hipoteca de vivienda habitual: ¿un derecho real de "menor" garantía?, *María Goñi Rodríguez de Almeida*

Derecho Digital

A fondo

- ¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla*
- Transición digital en la Administración de Justicia. Tramitación judicial electrónica orientada al dato*, Raúl Sánchez Gómez*

Persona y Derechos

A fondo

- La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte II, *José Carlos López Martínez*
- Análisis de la respuesta jurisdiccional al *Dieselgate*: especial referencia a las Conclusiones del Abogado General y a la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el caso C-100/21, *Guillem Izquierdo Grau*
- Las parejas de hecho y la custodia de los animales de compañía, *Joel Harry Clavijo Suntura*
- La obligación de reparar en la propuesta de Directiva UE 2023/0083, *Hernán Cortez*

Derecho de familia

Análisis de jurisprudencia

— Cuestiones controvertidas en torno al derecho de uso de la vivienda familiar tras la reforma del art. 96.1 CC, Pilar Vilella

Derecho de contratos

Modernización de obligaciones y contratos

— «La modernización de la teoría general de las obligaciones y contratos». Congreso Internacional en Salamanca, mayo 2024

Análisis de la respuesta jurisdiccional al Dieselgate: especial referencia a las Conclusiones del Abogado General y a la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el caso C-100/21 (1)

Analysis of the legal response to Dieselgate: special reference to the Advocate General's Conclusions and the decision of the CJEU case c-100/21 of 21 March 2023

Guillem Izquierdo Grau

Profesor lector Serra Húnter
Departamento del Derecho Privado
Universidad Autónoma de Barcelona
guillem.izquierdo@uab.cat
ORCID ID: 0000-0002-8755-4596

Resumen: *El presente trabajo analiza la respuesta jurisdiccional al caso Dieselgate en España y los pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El tema en España ha sido planteado ante los tribunales utilizando toda las acciones que brinda el ordenamiento jurídico: acción de nulidad radical o de pleno derecho por vulneración de normas imperativas; acción de anulabilidad del contrato por error invalidante del consentimiento; acción de anulabilidad por dolo; acción de resolución contractual (art. 1.124 CC) y acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 1.101 y 1.124 CC). No obstante, a pesar de la amplia gama de acciones puestas al alcance de los particulares, el tema ha discurrido por los cauces del daño moral. Esta variedad de regímenes jurídicos mediante los cuales puede depurarse la responsabilidad de Volkswagen también ha llegado al TJUE, que hasta el momento el TJUE solo se ha pronunciado en la STJUE de 14 de julio de 2022, enfrentándose al caso desde la regulación de la falta de conformidad y sus remedios. En marzo de 2023 se publicó la STJUE del caso C-100/21, donde el tribunal se pronuncia sobre la compatibilidad entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión en lo que respecta al derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios y su método de cálculo. En el presente trabajo se analizan las conclusiones del Abogado General y del TJUE en el caso C-100/21.*

Palabras clave: *Dieselgate*, falta de conformidad, falta de conformidad de escasa importancia , reparación, sustitución, reducción del precio, resolución contractual, daño moral, daños y perjuicios.

Abstract: *This paper analyses the jurisdictional response to the Dieselgate case in Spain and the decisions of the Court of Justice of the European Union . The issue in Spain has been brought before the courts using all of the actions available under the legal system: action for radical nullity; action for nullity of the contract due to breach of mandatory rules; action for nullity of the contract due to invalidating error of consent; action for nullity due to fraud; action for termination of contract (art. 1.124 CC) and action for compensation for damages (art. 1.101 and 1.124 CC). However, in spite of the wide range of actions available to individuals, the subject matter has been the subject of non-pecuniary losses. This variety of legal regimes through which Volkswagen's liability can be resolved has also reached the CJEU, which has so far only ruled in the CJEU in the CJEU of 14 July 2022, dealing with the case from the point of view of the*

regulation of non-conformity and its remedies. In March 2023, the decision CJEU in case C-100/21 was published, in which the Court ruled on the compatibility between national law and EU law with regard to the right to damages and the method of calculation thereof. This paper analyses the conclusions of the Advocate General and the CJEU in case C-100/21.

Keywords: Dieselgate, lack of conformity, minor lack of conformity, repair, replacement, price reduction, termination, non-pecuniary losses, damages.

I. INTRODUCCIÓN

Un estudio de la Universidad de West Virginia destapó en 2013 el mayor escándalo de la industria automovilística. Los vehículos del grupo Volkswagen (Seat, Audi, Skoda o Volkswagen) fabricados entre los años 2008 y 2015 incorporaban un sistema prohibido por el Reglamento núm. 715/2007 (2) que falseaba el nivel real de mediciones de gases contaminantes, de tal forma que mientras el vehículo se sometía a las pruebas previas a su homologación las emisiones se situaban dentro de los parámetros permitidos. Sin embargo, cuando el sistema detectaba que el vehículo no se estaba sometiendo a las pruebas de homologación, los niveles reales de gases contaminantes eran muy superiores a los permitidos (3) .

Durante los primeros años posteriores al estallido del fraude, los compradores interpusieron demandas reclamando responsabilidad al fabricante o el vendedor del vehículo ejercitando acciones muy diversas. Sin embargo, independientemente del cauce legal escogido, los resultados han sido prácticamente los mismos: el reconocimiento de una indemnización por daños morales. Esto se explica por la doctrina que elaboró el Tribunal Supremo en su STS núm. 561/2021, de 23 de julio, y que hasta la fecha explica la vía española para el resarcimiento del daño causado a los consumidores.

Después de las reclamaciones poco exitosas de los compradores hasta la STS núm. 561/2021, de 23 de julio, un análisis de la jurisprudencia indica que las reclamaciones se han paralizado. No tiene sentido afrontar los elevados costes de litigación si en general se han venido reconociendo indemnizaciones de un máximo de 500.- euros. No obstante, el año pasado la STJUE de 14 de julio (4) declaró la falta de conformidad de los vehículos que incorporan un dispositivo que altera el sistema de control de gases contaminantes en el sentido de la Directiva del art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE (5) . Asimismo, en la misma sentencia se dispone que una falta de conformidad de este tipo no puede ser calificada de escasa entidad a los efectos de privar a los consumidores de la resolución contractual. Por tanto, la STJUE de 14 de julio supuso un avance importante para los perjudicados.

En marzo de 2023, el TJUE abrió definitivamente las puertas a los compradores a reclamar una indemnización por daños y perjuicios que incluya el daño material por la falta de conformidad que implica tener instalado en el vehículo un *software* prohibido que falsea el nivel real de emisiones de gases contaminantes (6) . El caso C-100/2021 fue planteado por un tribunal alemán y, por tanto, versa sobre la compatibilidad entre el Derecho europeo y el Derecho nacional alemán. Si bien es cierto que existen diferencias sustanciales entre las fórmulas a través de los cuales el Derecho alemán y español han dilucidado esta cuestión, en la medida que el fallo del TJUE en el Caso C-100/21 se alinea con la tesis defendida por el Abogado General las conclusiones podrían extrapolarse al ordenamiento jurídico español y permitir que el daño de los compradores perjudicados no se limitara al daño moral. No obstante, a pesar de que el TJUE está fortaleciendo los derechos de los consumidores, existe un escollo que es difícil de salvar para las futuras reclamaciones: la prescripción de las acciones.

El objeto del presente trabajo es, pues, analizar la respuesta que ha tenido el *Dieselgate* en los tribunales españoles y valorar las conclusiones presentadas por el Abogado General en el caso C-100/21 y el fallo del TJUE en la sentencia de 21 de marzo de 2023. En particular, las cuestiones que nos interesan en este trabajo se relacionan con el alcance del deber de indemnizar los daños y perjuicios causados en función del título de

imputación (art. 1107 CC) y la posibilidad que la utilidad que el uso del vehículo haya reportado al comprador constituya un elemento a compensar con el reembolso del precio de compra.

II. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA JUDICIAL

1. El estado actual de la jurisprudencia y la doctrina general del Tribunal Supremo

Las pretensiones indemnizatorias de los consumidores hasta la fecha no han sido muy exitosas. El caso más conocido que ha estimado una indemnización más cuantiosa para los consumidores es el fallo del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid en su sentencia núm. 36/2021, de 25 de enero (7) . La sentencia es muy interesante porque, además de acoger la pretensión indemnizatoria de 3.000 euros a favor de los consumidores demandantes, el juzgado se pronuncia sobre otros aspectos controvertidos (8) . Sin embargo, la sentencia no es firme y está pendiente la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid.

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales (9) ha sido contraria a la estimación de las pretensiones de los consumidores que instaban la resolución del contrato o su nulidad. No obstante, sí que se han acogido algunas pretensiones indemnizatorias de escasa cuantía por daños morales, generalmente valorados en 500 euros (10) . En síntesis, las acciones que se han entablado ante los Tribunales se han basado en las acciones de nulidad radical o de pleno derecho por vulneración de normas imperativas (art. 6.3 CC), la acción de anulabilidad del contrato por error invalidante del consentimiento (art. 1.300 CC), la acción de resolución contractual (art. 1.124 CC) y la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 1.101 y 1.124 CC). La SAP de Burgos, Sección 2ª, núm. 72/2021, de 25 de febrero, (11) resuelve todas las acciones descritas, pues todas fueron planteadas con carácter subsidiario por la actora. La primera acción fue desestimada porque en 2021 no había constancia que en el ámbito de la Unión Europea se hubiera dictado una resolución judicial o administrativa que estableciera que el *software* que falsea el nivel real de las emisiones fuera contrario a las normas del Reglamento núm. 715/2007. La sentencia tampoco estima la acción de nulidad relativa por vicio del consentimiento contractual por error porque no se pudo probar que el error (nivel real de las emisiones de óxido de nitrógeno) recayese sobre un elemento esencial del contrato. Tampoco estimó la acción de resolución contractual porque no pudo probarse que la instalación del dispositivo prohibido perjudicaba la conducción segura, las prestaciones y la potencia del vehículo. Además, no se revocó o anuló la homologación del vehículo. Existe, por tanto, un defecto que puede ser reparado con una intervención que puede durar 40 minutos y que se ha ofrecido de forma gratuita al consumidor. Esto ya pone de manifiesto que nos encontramos ante un cumplimiento regular o defectuoso, pero las Audiencias Provinciales determinaron que no tenía eficacia resolutoria del contrato. Por último, solo se acogió la pretensión indemnizatoria valorada en 15 euros, por las molestias de llevar el vehículo al taller para ser reparado.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha sido fuertemente influenciada por la STS núm. 561/2021, de 23 de julio. El pronunciamiento que nos interesa de esta sentencia es el relativo a la indemnización por daños morales (12) . El Tribunal Supremo considera que: *«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 de 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»* (13) . El Tribunal Supremo destaca que en un caso como el enjuiciado puede apreciarse un daño moral con entidad propia, desvinculado

de las consecuencias del incumplimiento como hecho. Las consecuencias inciertas a las que se expusieron los consumidores después del estallido del escándalo de Volkswagen generaron un estado de angustia o zozobra que puede ser indemnizado.

A continuación, el Tribunal Supremo exige que para que el daño moral sea indemnizable no es suficiente con establecer una «causalidad fenomenológica» entre el daño causado y la conducta del demandado (relación de causalidad), sino que requiere un título de imputación objetiva de la responsabilidad contractual, en nuestro caso el art. 1107 CC (14) . A los efectos de la correcta delimitación de la extensión del daño indemnizable, el Tribunal Supremo acoge la distinción entre contratos con contenido puramente económico y contratos con contenido no económico para determinar si el daño es indemnizable o no, el fin de protección del contrato (15) . No hay lugar a dudas que en el caso de la STS núm. 561/2021, de 23 de julio, estamos ante un contrato de contenido económico o patrimonial, pues estamos ante un contrato de compraventa de un vehículo. En estos casos, el Tribunal Supremo establece que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, por regla general no cabe indemnizar los daños morales cuando explícita o implícitamente no se ha tenido en consideración la posible lesión de bienes de la personalidad. Es decir, si pudiéramos considerar que el incumplimiento del fabricante es de buena fe, por aplicación del art. 1107 CC no serían indemnizables los daños morales porque el deudor solo debe responder por los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. No obstante, en el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo acude al art. 1107 CC y considera que el incumplimiento contractual es doloso porque el fabricante instaló el *software* para falsear el nivel real de emisiones de gases contaminantes, lo que implica que el título de imputación del daño sea el art. 1107.2 CC y, por tanto, el fabricante deba responder por todos los daños que deriven del incumplimiento (deudor de mala fe o doloso). En efecto, si el título de imputación de responsabilidad es el art. 1107.2 CC, el deudor no solo debe indemnizar las consecuencias del incumplimiento que deriven del interés contractual protegido, sino que asumirá una responsabilidad sobreañadida ampliando los daños indemnizables, por el acto doloso y la lesión de los intereses no comprendidos en el fin del contrato (16) . Por tanto, en aplicación del art. 1107.2 CC el Tribunal Supremo acaba condenando al pago de la indemnización de 500 euros por daños morales.

2. La STJUE de 14 de julio de 2022 la STJUE de 14 de julio de 2022

2.1. La decisión del TJUE

El día 14 de julio de 2022 el TJUE (Gran Sala) se pronunció sobre el *Dieselgate* y lo hizo respondiendo dos cuestiones prejudiciales (17) que giran en torno del concepto de falta de conformidad que utiliza la Directiva (UE) 2019/771 (18) . Por lo que atañe a las cuestiones prejudiciales que son de nuestro interés, el TJUE fue preguntado por la conformidad de los vehículos del grupo Volkswagen, fabricados entre los años 2008 y 2015, que incorporan un dispositivo de desactivación de las emisiones de escape prohibido por el Reglamento núm. 715/2007 y que, a pesar de contar con este dispositivo prohibido, recibieron la homologación tipo CE (Directiva 2007/46/CE (19)). En este sentido, ¿estos vehículos eran conformes de acuerdo con el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE?

El TJUE estableció que los vehículos están sujetos a la homologación de tipo de la Directiva 2007/46/CE y que esta homologación solo puede concederse si los vehículos se ajustan a las disposiciones del Reglamento núm. 715/2007, cuyo art. 5 se refiere a los dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones. Por tanto, los consumidores pueden razonablemente esperar que, si el vehículo dispone de la homologación CE, los vehículos no incorporan un dispositivo prohibido que redunda en una falta de conformidad. Es decir, los vehículos que fueron homologados, aun estando equipados con un dispositivo prohibido según el art. 5 Reglamento núm. 715/2007, impide que pueda considerarse que los vehículos afectados sean conformes con el contrato de compraventa, en el sentido del art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE.

En consecuencia, el TJUE estableció que un elemento obligatorio como la homologación tipo CE de la Directiva 2007/46/CE, que es obligatoria a los efectos de la matriculación y puesta en servicio de un vehículo,

no determina *per se* la conformidad del vehículo con el contrato de compraventa. Por el contrario, si el vehículo dispone de la homologación , pero incorpora un dispositivo que altera el control de las emisiones, el vehículo no será conforme con el contrato porque los consumidores pueden razonablemente esperar que un vehículo homologado no incorpora semejante dispositivo prohibido.

Posteriormente, el TJUE fue preguntado sobre el concepto de falta de conformidad de escasa importancia del art. 3.6 Directiva 1999/44/CE. En particular, el tribunal remitente se cuestiona si un dispositivo prohibido que altera las emisiones de un vehículo puede ser considerado una falta de conformidad de escasa entidad si se demuestra que el consumidor habría adquirido el vehículo igualmente, es decir, conociendo la existencia del dispositivo prohibido.

Entiendo que los conceptos que contiene la legislación europea deben ser objeto de una interpretación autónoma y objetiva. Es por este motivo que considero que el TJUE acierta cuando afirma que las consideraciones subjetivas de los consumidores deben quedar al margen en el juicio de la entidad de la falta de conformidad. Es decir, el hecho que el consumidor hubiera adquirido igualmente el bien conociendo la existencia del dispositivo prohibido es irrelevante para calificar la falta de conformidad de menor importancia.

A continuación, el TJUE (20) utiliza el tenor literal, el contexto y la finalidad que persigue el legislador cuando se refiere al concepto de falta de conformidad de escasa importancia. Por lo que se refiere al tenor literal, el TJUE entiende que el legislador europeo se está refiriendo a una falta de conformidad que no tiene la suficiente importancia o que sea leve. Por tanto, se desprende del párrafo 89 de la sentencia que para el TJUE existe una graduación de la falta de conformidad, puesto que solo la que sea de suficiente importancia habilita la resolución del contrato de compraventa.

Por lo que se refiere al contexto de la norma, tanto la Directiva 1999/44/CE como la Directiva (UE) 2019/771 establecen un orden jerárquico de remedios. En primer lugar, ante la falta de conformidad procede la reparación o la sustitución del bien, que son, propiamente, los remedios que permiten subsanar *in natura* la prestación (art. 13.2 Directiva (UE) 2019/771). Solo cuando la reparación o la sustitución sean imposibles o impliquen unos costes desproporcionados para el vendedor, el consumidor podrá reclamar la reducción del precio o la resolución del contrato (art. 13.3 Directiva (UE) 2019/771). Sin embargo, la resolución del contrato no operará cuando la falta de conformidad sea leve (art. 13.5 Directiva (UE) 2019/771). Por tanto, vemos que ante este contexto claramente jerarquizado en lo que atañe a los remedios para subsanar la falta de conformidad, el legislador europeo ha querido relegar la resolución contractual en el último lugar del sistema de remedios.

En lo tocante a la teleología de la norma, el TJUE manifiesta que la regulación contenida actualmente en la Directiva (UE) 2019/771 pretende dar una protección completa y eficaz al consumidor ante el incumplimiento del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato de compraventa, sin despreciar los intereses económicos de este, pues el vendedor puede alegar que los remedios del primer nivel son imposibles o desproporcionados para impedir la pretensión correctora del consumidor. La Directiva, por tanto, trata de salvaguardar el principio del *pacta sunt servanda,* manteniendo la vigencia del vínculo contractual y reconociendo al vendedor el derecho a subsanar su propia prestación (*right to cure*).

En consecuencia, si un dispositivo prohibido por el Reglamento núm. 715/2007 que altera el nivel real de las emisiones de un vehículo, impide que el vehículo pueda merecer la homologación tipo CE de la Directiva 2007/46/CE que impide su circulación adolece de una falta de conformidad que no puede ser considerada de escasa entidad.

2.2. Algunas reflexiones sobre la decisión del TJUE

A la luz de las decisiones que adoptó el TJUE en lo que atañe a las cuestiones prejudiciales que son de nuestro interés, me planteo algunas reflexiones sobre los conceptos de falta de conformidad y de falta de conformidad

leve.

2.2.1. La falta de conformidad leve debe valorarse objetivamente

La STJUE de 14 de julio de 2022 es la primera en que el TJUE se pronuncia sobre un concepto muy controvertido: la falta de conformidad de escasa importancia (art. 3.6 Directiva 1999/44/CE) o leve (art. 13.5 Directiva (UE) 2019/771) (21) . Para tratar de comprender la entidad de la falta de conformidad que tiene efectos resolutorios según la legislación de consumo, la doctrina (22) ha contrapuesto el concepto de falta de conformidad de escasa importancia o leve con la entidad del incumplimiento, grave o esencial, que aparece en otros textos legislativos (23) .

A pesar de que tanto la Directiva 1999/44/CE como la Directiva (UE) 2019/771 no proporcionan pautas para interpretar qué se entiende por falta de conformidad leve, existe cierto consenso entre la doctrina sobre determinados principios que han de salvaguardarse en el remedio resolutorio:

1) La resolución no es libre por el consumidor. En caso contrario, la resolución contractual podría ser contraria al principio de la buena fe y al mantenimiento del negocio jurídico (*pacta sunt servanda*) y, en consecuencia, la resolución contractual sería desproporcionada por el vendedor, que se vería abocado a la restitución total del precio ante una falta de conformidad que es una minucia.

2) La noción de falta de conformidad leve debe ser interpretada ampliamente. El Derecho de consumo europeo se rige por el principio de la alta protección de los consumidores (art. 138 TFUE). Por tanto, solo en los casos donde la falta de conformidad sea objetivamente leve debe privarse al consumidor de la resolución contractual.

3) A tenor del art. 13.5 Directiva (UE) 2019/771 es el vendedor quien asume la carga de la prueba de la escasa entidad de la falta de conformidad. El consumidor deberá poner de manifiesto al vendedor la falta de conformidad y el remedio escogido para subsanarla, pero no deberá probar la entidad de la falta de conformidad. Asimismo, en casos dudosos, la falta de conformidad no debe calificarse de escasa entidad.

4) La falta de conformidad leve debe ser, en primer lugar, reparada o deberá sustituirse el bien. En todo caso, la resolución no es exigible y si no puede subsanarse *in natura* el consumidor tendrá derecho a una reducción proporcionada del precio.

5) A la luz de la decisión del TJUE en el caso *Dieselgate* (STJUE de 14 de julio de 2022), la categorización de la falta de conformidad de escasa entidad no puede depender de un elemento subjetivo del consumidor, sino que es un concepto normativo que deberá valorarse objetivamente (24) . De lo contrario, cualquier falta de conformidad que sea despreciable y que no se presente como grave o esencial para el consumidor no tendría relevancia resolutoria. Es decir, el remedio resolutorio dependería del elemento subjetivo de una de las partes contratantes, del consumidor, lo que supondría vaciar la protección que la legislación europea confiere a los consumidores.

6) Para determinar el carácter leve (25) de la falta de conformidad debe valorarse el defecto en sí mismo considerado y su potencial afectación al objeto de la compraventa en su conjunto. Así, si el defecto es de escasa entidad, pero puede afectar a la utilidad principal del bien, no será considerada de escasa entidad. Asimismo, si la reparación de una falta de conformidad leve puede afectar a la vida útil del bien, aquella no podrá ser considerada de escasa entidad.

En consecuencia, si la falta de conformidad que adolecen los vehículos afectados por el dispositivo prohibido no puede considerarse de escasa entidad, el TJUE está permitiendo que los consumidores puedan reclamar la resolución del contrato, que conlleva la restitución de las prestaciones.

2.2.2. La reparación con un dispositivo prohibido, ¿es un supuesto de ilegalidad del remedio?

Hemos visto, pues, que el TJUE acaba declarando que la reparación del vehículo realizada con un dispositivo prohibido según el Reglamento núm. 715/2007 constituye un supuesto de falta de conformidad. En el momento en que se detectó que los vehículos del Grupo Volkswagen fabricados entre los años 2008 y 2015

incorporaban un dispositivo que era capaz de detectar cuándo el vehículo se encontraba en la fase de pruebas anterior a su homologación y, en este contexto, era capaz de falsear los resultados para que las emisiones de óxido de nitrógeno no superaran los límites reglamentarios, las autoridades alemanas en octubre de 2015 requirieron a Volkswagen la retirada de los vehículos afectados y adoptar las medidas necesarias para la adecuación de los niveles de emisiones a la legislación vigente. En virtud de tal requerimiento, Volkswagen reparó los vehículos afectados con una reprogramación del dispositivo prohibido que no solo se desactivaba durante las pruebas de circulación, sino también cuando la temperatura ambiental se encontraba entre los se desactivaba y, por tanto, las emisiones de gases contaminantes de los vehículos afectados eran las reales cuando la temperatura ambiental se situaba entre los 15ºC y 33ºC y el vehículo se encontraba por debajo de los 1.000 metros de altitud. Es decir, la reparación se hizo igualmente con una reprogramación del dispositivo prohibido que falseaba las emisiones reales de gases contaminantes en las condiciones descritas.

Nos encontramos, por tanto, ante una reparación que era ilegal porque el vehículo seguía incorporando un dispositivo prohibido a los efectos del art. 5 Reglamento núm. 715/2007. Tal modo de proceder por parte de Volkswagen nos remonta a lo que preveían los arts. 9 y 11 de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia (en adelante, la Propuesta de Directiva). El art. 9 de la Propuesta de Directiva preveía que el consumidor podía acogerse a la reducción del precio o la resolución del contrato si la reparación o la sustitución eran imposibles o ilegales. Por su parte, el art. 11 de la Propuesta de Directiva limitaba el derecho del consumidor a escoger entre la reparación o la sustitución cuando el remedio del primer nivel escogido fuera imposible o ilegal. Ambos artículos aluden a la ilegalidad de los remedios del primer nivel sin explicar en qué puede consistir una ilegalidad referida a los remedios. Es en el considerando núm. 27 de la Propuesta de Directiva donde encontramos otra referencia a la ilegalidad de los remedios. A pesar de que el considerando incorpora un supuesto de imposibilidad a los efectos de precisar este concepto, no sucede lo mismo con la ilegalidad de los remedios (26) .

La Directiva 1999/44/CE no aludía a la ilegalidad de los remedios como un límite a la facultad de elección del consumidor entre los remedios del primer nivel o como un condicionante que facultaba acudir a los remedios del segundo nivel. Sin embargo, sí que encontramos una referencia a la ilegalidad de los remedios en la frustrada Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL). El art. 110.3.a) CESL disponía que el comprador podía reclamar el cumplimiento forzoso de la obligación al vendedor, salvo que el cumplimiento resultase imposible o hubiera dejado de ser lícito. Por su parte, el tenor literal del art. 111 CESL era muy similar al art. 11 Propuesta de Directiva, pues establecía que cuando se apreciase una falta de conformidad en las compraventas de consumo, el consumidor podía escoger, en primer lugar, entre la reparación o la sustitución, salvo que el remedio escogido fuera imposible o ilícito. La doctrina (27) comentarista del CESL trató de encontrar un sentido a la ilicitud de los remedios reconduciendo este supuesto a las restricciones impuestas por terceros Estados.

La Directiva (UE) 2019/771 no contiene ninguna referencia a la ilegalidad o ilicitud de los remedios del primer nivel, como un hecho que condicione la libertad de elección del consumidor de reclamar la reparación o la sustitución del bien o, o bien que habilite el ejercicio de los remedios del segundo nivel. La desaparición, por tanto, de la ilicitud o ilegalidad de reparación o sustitución conduce a preguntarme si en el futuro podrían producirse más casos como el Dieselgate, donde Volkswagen trató de realizar la reparación de los vehículos afectados con una reparación mediante una reprogramación de un dispositivo que también resultaba prohibido por el art. 5 Reglamento núm. 715/2007.

En materia de falta de conformidad sí que ha habido avances respecto el texto de la Directiva 1999/44/CE. La Directiva 1999/44/CE no se refería específicamente a la conformidad de un bien de acuerdo con la legislación técnica aplicable de la Unión o de un Estado miembro. Es por este motivo que en el caso *Dieselgate* el TJUE fue preguntado por la conformidad de un vehículo que incorpora un dispositivo prohibido según el art. 5

Reglamento núm. 715/2007 de acuerdo con el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE. El art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE preceptuaba que los bienes *«presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar»*. Este criterio de la conformidad, que actualmente aparece recogido en el art. 7.1.a) Directiva (UE) 2019/771, obliga a realizar un análisis comparativo del mercado para comprobar si el bien cuya conformidad se discute satisface las prestaciones habituales que los bienes del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. A falta, por tanto, de un criterio de la conformidad en la Directiva 1999/44/CE que juzgue la conformidad de acuerdo con la legislación técnica aplicable, el TJUE declara que, de acuerdo con el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE los consumidores pueden esperar que un vehículo de motor que dispone de la homologación CE no incorpore un dispositivo prohibido, según el art. 5 Reglamento núm. 715/2007.

Actualmente, el art. 7.1.a) Directiva 2019/771 dice que la conformidad de los bienes deberá valorarse de acuerdo con la aptitud *«para los fines a los que normalmente se destinen bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector»;* lo que supone que aunque las partes no se hayan pronunciado en el contrato de compraventa sobre este extremo (criterios subjetivos de la conformidad del art. 6 Directiva 2019/771), la conformidad deberá valorarse objetivamente atendiendo a lo dispuesto en la normativa técnica aplicable del producto. Por tanto, el art. 7.1.a) Directiva 2019/771 viene a referirse a un aspecto de la conformidad que la Directiva 1999/44/CE no se refería específicamente, aunque a tenor de la STJUE de 14 de julio de 2022, era subsumible en el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE.

Por tanto, la Directiva (UE) 2019/771 ha declarado que la conformidad de un bien deberá valorarse, también, según la legislación técnica aplicable. La aclaración es bienvenida, aunque implícitamente el mismo criterio se encontraba en el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE. No cabe lugar a dudas que la contravención de la normativa técnica aplicable supondrá una falta de conformidad. No obstante, una vez declarada la falta de conformidad, a tenor del art. 13 Directiva (UE) 2019/771 el bien podría ser reparado con un dispositivo ilegal como ocurrió en el caso de la STJUE de 14 de julio de 2022, habida cuenta que, al contrario de la Propuesta de Directiva, ha desaparecido la referencia a la ilegalidad o ilicitud de la reparación o sustitución, en el sentido que condicione la libertad de elección del remedio para subsanar la falta de conformidad o que este supuesto habilite al consumidor para reclamar los remedios del segundo nivel.

Desconozco los motivos que han llevado al legislador europeo a eliminar la referencia a la ilicitud o ilegalidad de los remedios, pero lo que se desprende de la STJUE de 14 de julio de 2022 es que la actual Directiva (UE) 2019/771 es que el *Dieselgate* un escándalo de las mismas características podría producirse de nuevo. Para evitarlo, a tenor de lo dispuesto en el considerando núm. 48 Directiva (UE) 2019/771 considero que la ilegalidad o ilicitud de los remedios podría ser un supuesto de «imposibilidad jurídica» y de esta forma se impediría el intento de puesta en conformidad de los bienes mediante una reparación fraudulenta como en el caso *Dieselgate*, donde los vehículos afectados por el dispositivo prohibido de medición de gases contaminantes fueron reprogramados con una actualización que contravenía igualmente el Reglamento núm. 715/2007.

2.2.3. La reparación con un dispositivo prohibido, ¿es un supuesto de persistencia de la falta de conformidad?

La Directiva 1999/44/CE no contenía una previsión como la que contiene el art. 13.4.b) Directiva (UE) 2019/771 relativa a la subsistencia de la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad. Este artículo permite acudir a los remedios de la reducción del precio o la resolución del contrato cuando subsiste la falta de conformidad. Para comprender el alcance de dicha previsión debemos acudir a lo dispuesto en el considerando núm. 52 Directiva (UE) 2019/771, que admite que el consumidor puede perder su confianza si el mismo problema se presenta dos veces.

Considero que este podría ser el caso de la STJUE de 14 de julio de 2022: Volkswagen reconoce la existencia de la falta de conformidad y pone a disposición de los consumidores una reparación gratuita que no subsana el defecto, sino que la falta de conformidad persiste. En este caso, según el art. 13.4.b) Directiva (UE) 2019/771 quedaría abierta la posibilidad de reclamar la reducción del precio o la resolución del contrato (art. 13.4 Directiva (UE) 2019/771).

La legislación aplicable en la resolución de la STJUE de 14 de julio de 2022 es la Directiva 1999/44/CE, por este motivo el TJUE no se pronuncia sobre esta cuestión. Actualmente, una vez el TJUE ha declarado que un defecto como el que presentan los vehículos del grupo Volkswagen representa una falta de conformidad, procede la reducción del precio o la resolución del contrato, también, por la subsistencia de la falta de conformidad.

III. LA DECISIÓN DEL TJUE EN EL CASO C-100/21. ¿ESTAMOS ANTE UNA NUEVA OLEADA DE RECLAMACIONES?

La respuesta jurisdiccional que hasta al momento se le ha dado al *Dieselgate* no ha afrontado de una forma clara y general, salvo aquellas sentencias que han indemnizado a la víctima con una indemnización por daños morales, el problema de la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad por la instalación del dispositivo de medición de gases contaminantes prohibidos. Y digo esto porque en el ámbito español el Tribunal Supremo en la STS de 23 de julio solo se pronuncia sobre la infracción de los arts. 1101 y 1124 CC en relación con los daños morales *in re ipsa*. Por su parte, el TJUE en la STJUE de 14 de julio de 2022 aborda tres cuestiones prejudiciales, donde se establece que un dispositivo prohibido por el Reglamento núm. 715/2007 puede constituir una falta de conformidad y que tal falta de conformidad no puede ser considerada de escasa importancia por el hecho que el consumidor hubiera adquirido igualmente el vehículo si hubiera sabido que incorporaba aquel dispositivo.

Finalmente, el pasado 21 de marzo de 2023 se publicó la decisión del TJUE sobre el caso C-100/21 (28) que puede dar lugar a una nueva oleada de reclamaciones por los consumidores. En este caso, el TJUE es interpelado por la posibilidad que los consumidores reclamen una indemnización por daños y perjuicios conforme al Derecho nacional por la instalación de un dispositivo prohibido de medición de gases instalado en sus vehículos y, en este caso, sobre la extensión de dicha indemnización.

1. Breve introducción a los hechos del caso C-100/21

En marzo de 2014, D.ª QB compró un vehículo de la marca Mercedes Benz, modelo C 220 CDI, con un kilometraje de 28.591 km por el precio de 29.999.- euros. El vehículo fue introducido en el mercado en marzo de 2013, equipado con un motor Euro 5 del tipo OM 651. El vehículo controvertido también estaba equipado con un dispositivo prohibido por el Reglamento núm. 715/2007 que alteraba las emisiones de gases contaminantes. D.ª QB interpuso una demanda contra Mercedes-Benz Group AG reclamando la falta de conformidad que suponía que el vehículo estuviera equipado con el dispositivo prohibido de medición de gases contaminantes. La demandante afirma que la demandada introdujo aquel dispositivo de forma intencionada, de forma contraria a los principios de orden público y las buenas costumbres (art. 826 BGB) y por todo ello reclama una indemnización por responsabilidad civil extracontractual (29) .

En lo que atañe a la indemnización por daños y perjuicios, el tribunal alemán remitente plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales. En primer lugar, el tribunal remitente se pregunta si es incompatible con el Derecho de la Unión que un comprador que ha adquirido un vehículo comercializado por el fabricante con un dispositivo de desactivación prohibido pueda hacer valer contra el fabricante del vehículo una reclamación civil de daños y perjuicios basada en la responsabilidad extracontractual, solicitando el reembolso del precio y la restitución del bien, únicamente cuando el fabricante haya actuado dolosamente. Si la respuesta a la anterior pregunta fuera afirmativa, el tribunal remitente se cuestiona si el Derecho europeo exige que el comprador de un vehículo tiene derecho a reclamar daños y perjuicios contra el fabricante del vehículo por responsabilidad

extracontractual en caso de cualquier acto culposo o negligente. En segundo lugar, independientemente de la respuesta a las anteriores preguntas, el tribunal pregunta al TJUE si es incompatible con el Derecho de la Unión que, con arreglo al Derecho nacional, el comprador de un vehículo deba aceptar la compensación del beneficio del uso efectivo que haya hecho del vehículo de motor cuando solicite, mediante una indemnización basada en la responsabilidad extracontractual, el reembolso del precio de compra de un vehículo comercializado por el fabricante con un dispositivo de desactivación prohibido. En caso negativo, el tribunal pide que se aclare si es incompatible con el Derecho de la Unión que dicho beneficio de uso se calcule sobre la base del precio de compra íntegro sin que se efectúe deducción alguna por la disminución de valor del vehículo derivada de que esté equipado con un dispositivo de desactivación prohibido, habida cuenta de que el comprador ha utilizado inadvertidamente un vehículo que no cumple el Derecho de la Unión.

En esencia, lo que se cuestiona el tribunal alemán remitente es si los Estados miembros deben prever que el comprador de un vehículo que incorpore un dispositivo prohibido que altere los niveles de gases contaminantes, en el sentido del art. 5 Reglamento núm. 715/2007, tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios contra el fabricante y en qué medida dicha indemnización debe compensarse con el uso efectivo realizado del vehículo.

2. Las conclusiones del Abogado general en el caso C-100/21 y su aplicación al Derecho civil español

2.1. Primera conclusión: el Abogado General abre la puerta a que el fabricante responda como deudor culposo. ¿Estamos ante un daño material o moral?

Para dar respuesta a las preguntas 3 y 4 que se plantean al TJUE debemos estar a lo dispuesto en lo dispuesto en el párrafo 59 de las conclusiones presentadas por el Abogado General:

> *«59. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente confirmase esta apreciación, debería, entonces, invocar el artículo 823, apartado 2, del BGB, cuya aplicación, según dicho tribunal, simplemente requiere que concurra una mera negligencia. Ha de observarse que, según ese órgano jurisdiccional, aun suponiendo que las disposiciones de Derecho de la Unión pertinentes solo estén dirigidas a proteger el interés general, es probable que solo se cumpliesen si la infracción por negligencia estuviera igualmente sancionada con la atribución a los adquirentes de un derecho a indemnización basado en la responsabilidad civil extracontractual de los fabricantes y si estos últimos debieran tener en cuenta de antemano tal posibilidad» (30) .*

Para encuadrar correctamente la respuesta del Abogado General debemos partir de la base que en Alemania las reclamaciones de los consumidores contra los fabricantes por el *Dieselgate* se han canalizado a través de la responsabilidad civil extracontractual, concretamente por la vía del art. 826 BGB, que se refiere a los actos causados dolosamente contra las buenas costumbres. El ámbito de aplicación de este precepto es reducido, pero actualmente ha impregnado el Derecho de daños alemán. Según el tribunal remitente, la aplicación del art. 826 BGB al caso del *Dieselgate* dificulta que los consumidores puedan solicitar una indemnización, habida cuenta que es poco probable que los requisitos establecidos en el artículo 826 del BGB, tal como son interpretados por los tribunales nacionales, sean conformes con el artículo 46 de la Directiva 2007/46/CE, dado que solo cumplen tales requisitos supuestos excepcionales. Por este motivo, el Abogado General dice que debería invocarse el art. 823 BGB, que solo exige culpa o negligencia en la contravención de bienes jurídicos determinados.

La respuesta que se ha dado al *Dieselgate* desde el Derecho español ha discurrido por los cauces de la responsabilidad contractual y los daños morales. A la vista de los hechos planteados me planteo si las conclusiones del Abogado General en el caso C-100/21 podrían extrapolarse a nuestro sistema de responsabilidad civil contractual (arts. 1101, 1106, 1107 y 1124 CC). De acuerdo con las posibilidades que ofrece nuestro sistema, los consumidores podrían reclamar una indemnización por daños y perjuicios de acuerdo con los arts. 1101, 1106 y 1124 CC. Sin embargo, en mi opinión el problema se plantea con la

extensión de los daños indemnizables y el título de imputación de responsabilidad (art. 1107 CC). Por ello debemos retomar las consideraciones de la STS núm. 561/2021, de 23 de julio.

El Tribunal Supremo consideró que Vaesa, la mercantil que estaba participada íntegramente por Volkswagen que distribuía los vehículos en España y prestaba los servicios postventa, debía ser considerada un deudor doloso a los efectos del art. 1107 CC. Por tanto, entendiendo el daño moral como un daño no previsible en el momento de constituirse la obligación y no amparado en el principio de protección del fin del contrato, el Tribunal Supremo acude al título de imputación del art. 1107.2 CC, que obliga a indemnizar al deudor doloso por todos los daños causados por el incumplimiento. Sin embargo, las conclusiones del Abogado General permiten pensar en la posibilidad que el fabricante responda como un deudor culposo y, en nuestro caso, el título de imputación de responsabilidad sería el art. 1107.1 CC y, por consiguiente, la consideración del dispositivo como una falta de conformidad o incumplimiento y la categorización del fabricante o vendedor como un deudor culposo permitiría la reclamación del daño material, además de la indemnización por daños morales, de acuerdo con la doctrina que ha elaborado el Tribunal Supremo en la STS de 23 de julio.

El problema que se plantea es la indemnización del daño material y la necesidad de probar el daño causado. El solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar. Es necesario que el perjudicado pruebe el daño causado para ser indemnizado (31) . En el caso de los vehículos afectados por el *Dieselgate* no está claro que el dispositivo prohibido de control de gases altere el funcionamiento del vehículo en cuanto a su potencia o consumo de carburante. Tampoco se ha producido la retirada de la homologación CE según lo dispuesto en la Directiva 2007/46/CE y los compradores de aquellos vehículos tampoco se han visto privados de su uso normal. Es decir, no se ha alterado el uso susceptible de aprovechamiento de aquellos vehículos. Sin embargo, considero que sí que podría hablarse de una pérdida real del valor de la cosa, por cuanto el vehículo, como consecuencia de la instalación del dispositivo prohibido y de la ilegalidad de la reparación practicada, puede repercutir en la facultad de disposición del bien. Es decir, sabiendo que el vehículo adolece de tal falta de conformidad, los adquirentes pueden encontrar serias dificultades para vender su vehículo a un tercero (32) . La pérdida de valor del vehículo por este motivo sería un daño material susceptible de indemnización (33) . Esta idea también se encuentra implícita en la Directiva (UE) 2019/771. En los términos de esta directiva y a la luz de la STJUE de 14 de julio de 2022, la instalación del dispositivo prohibido de medición de gases contaminantes implica que el bien adolezca un defecto que conlleva que el valor del bien no sea el mismo como si fuera conforme (art. 13.2.a) Directiva (UE) 2019/771. Por tanto, la depreciación del vehículo como consecuencia del dispositivo prohibido constituye una merma del patrimonio del comprador que debe ser indemnizada (34) .

Considero que las dificultades para determinar la entidad del daño indemnizable vienen dadas por el régimen jurídico a través del cual se ha planteado nuevamente la cuestión del *Dieselgate* ante el TJUE, la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión. En otro orden de cosas, no cabe duda que aplicando la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad de la entonces vigente Directiva 1999/44/CE, derogada por la actual Directiva (UE) 2019/771, la indemnización por daños y perjuicios en la práctica se traduciría en una reducción del precio por la falta de conformidad y, además, por la frustración de la reparación mediante la reprogramación fraudulenta del dispositivo prohibido y por la falta de confianza del consumidor por el nuevo intento fallido de poner el bien en conformidad, sin olvidar que en la STJUE de 14 de julio de 2022 el TJUE admite la resolución contractual. En este caso, el art. 13.4.a) y b) permiten la reducción del precio o la resolución del contrato. No obstante, las dificultades de encauzar las pretensiones indemnizatorias por este cauce chocan contra el escollo de la prescripción de la acción. El art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771 establece un plazo de garantía de dos años dentro del cual la falta de conformidad debe manifestarse. Se trata de un plazo de responsabilidad del vendedor que los Estados miembros pueden ampliar (art. 10.5 Directiva (UE) 2019/771). Este ha sido el caso de España, que ha ampliado el plazo de responsabilidad del vendedor hasta los tres años (art. 120 TRLGDCU). Por tanto, teniendo en cuenta que los vehículos afectados se comenzaron a comercializar en 2008 y que el dispositivo prohibido no fue descubierto hasta 2015, la mayoría de casos estarán prescritos.

Las preguntas 5 y 6 que el tribunal remitente plantea al TJUE versan sobre la extensión de los daños y perjuicios, en particular, sobre la posibilidad de que la ventaja obtenida por el uso de vehículo se compense con el reembolso del precio de compra.

2.2. Segunda conclusión: la ventaja obtenida por el uso efectivo del vehículo es un elemento a tener en cuenta en el reembolso del precio de la compraventa. En todo caso, la ventaja obtenida por el uso del vehículo no puede dejar desierta la pretensión indemnizatoria del comprador

Las preguntas 5 y 6 que el tribunal remitente plantea al TJUE versan sobre la extensión de la indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, se pregunta al TJUE si la ventaja obtenida por el uso efectivo del vehículo debe tenerse en cuenta para fijar el reembolso del precio de la compraventa (párrafos 60, 61, 62 y 63). Sobre este particular, el Abogado General establece que deben salvaguardarse dos principios: la tutela efectiva de los derechos de los perjudicados y la prohibición del enriquecimiento injusto:

«61. Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que respecta a la forma y al método de cálculo de la reparación del daño, la reparación de los daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar la tutela efectiva de sus derechos. (37) Como ya se ha señalado, es el Derecho interno de los Estados miembros el que debe definir las reglas relativas al método de cálculo de la indemnización del perjuicio causado a un particular por la infracción de lo dispuesto en la Directiva 2007/46/CE. (38) A este respecto, los órganos jurisdiccionales nacionales están legitimados para velar por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión no produzca un enriquecimiento injustificado de los beneficiarios de derechos. (39)» (35) .

El Abogado General declara que es competencia de los Estados miembros fijar el método de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios reclamada por los consumidores y determinar en qué medida el uso efectivo del vehículo garantiza una indemnización adecuada al comprador. Por ejemplo, la reducción será más reducida si el comprador ha realizado un uso intensivo del vehículo, acumulando muchos kilómetros (36) . Lo que deja claro el Abogado General es que no es competencia del legislador europeo fijar el método de cálculo de la indemnización. En mi opinión, el Abogado General está pensando en la reducción del precio, que en la práctica tiene los mismos efectos que la indemnización por daños y perjuicios: el reembolso de parte del precio de la compraventa, teniendo en cuenta el alcance de la falta de conformidad. Y en este caso, un elemento a tener en cuenta es la utilidad efectiva que el vehículo haya reportado al comprador, aun adoleciendo de una falta de conformidad. En caso contrario, según el Abogado General, estaríamos ante un caso de enriquecimiento injusto que de ningún modo puede ser amparado. Por otro lado, por mucha utilidad que el vehículo haya reportado al comprador, debe garantizarse un mínimo indemnizatorio.

No acabo de entender por qué el Abogado General admite que el uso efectivo del vehículo y la utilidad reportada son un elemento a tener en cuenta para fijar el reembolso del precio. En el campo de la responsabilidad por falta de conformidad del bien es conocida la decisión adoptada en la STJUE C-404/2006, Sala primera, de 17 de abril de 2008, caso *Quelle*. El art. 14.4 Directiva (UE) 2019/771 también es una novedad que incorpora la nueva Directiva, en comparación con la anterior Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, el legislador europeo ha elevado a rango de ley la doctrina contenida en la STJUE C-404/2006, Sala primera, de 17 de abril de 2008, caso Quelle. En el caso de autos, una consumidora adquirió una cocina que, pasados dieciocho meses, adolecía de una falta de conformidad. El vendedor cumplió con su obligación de sustitución del producto, pero exigió a la consumidora un pago por el tiempo que había usado el bien antes de la apreciación de la falta de conformidad. El TJUE declara que el Derecho nacional que permitía al vendedor exigir una indemnización al consumidor por el uso del bien no conforme hasta que es sustituido se oponía a lo prevenido en el art. 3.4 Directiva 1999/44/CE de subsanar la falta de conformidad «sin cargo alguno» y, por tanto, el uso del bien no conforme hasta su sustitución no puede considerarse un enriquecimiento injusto, toda vez que el consumidor habrá cumplido previamente su obligación de pago del precio. El actual art. 14.4 Directiva (UE) 2019/771 establece que no procederá ningún pago por el uso de los bienes defectuosos

siempre que el consumidor hubiere realizado un uso normal de aquellos bienes. Por tanto, si el consumidor hubiere realizado un uso normal, no podrá el vendedor exigir ninguna prestación por el uso del bien hasta que se manifieste no conforme con el contrato de compraventa.

La consecuencia lógica que se desprende de ello es que los vendedores asumen, como un riesgo inherente a los contratos de compraventas de bienes muebles con consumidores, que estos hayan usado el bien durante un período considerable de tiempo y que, en consecuencia, el bien haya perdido parte de su valor (37) . Por tanto, si previamente a la sustitución del bien el consumidor no es responsable de ningún pago por el uso normal del bien realizado antes de la sustitución, no entiendo por qué debe compensarse el reembolso del precio por el uso efectivo y la utilidad reportada por el vehículo hasta el descubrimiento de la falta de conformidad. A mi modo de ver, se trata de un intento de reconducir este supuesto hacia la *compensatio lucri cum damno* (38) . No obstante, considero que tal equiparación no es posible porque no considero que el uso del vehículo haya reportado una ventaja efectiva para el comprador. El uso del vehículo y, por tanto, la acumulación de kilometraje, constituyen el uso normal del vehículo y teniendo en cuenta que el vehículo se habrá depreciado, la indemnización no colocaría al comprador en una mejor situación (39) . Es decir, a mi juicio el uso normal del vehículo no constituye un incremento patrimonial, rédito o beneficio económico que constituya un enriquecimiento injustificado si no se detrae de la indemnización que corresponda (40) .

A continuación, siguiendo con el método para fijar el *quantum* indemnizatorio, el tribunal remitente se pregunta sobre los valores a tener en cuenta para que pueda operar la compensación por el uso efectivo del vehículo. En particular, el tribunal se cuestiona si debe descontarse del valor de compra la deducción correspondiente por la pérdida de valor derivada de la instalación de un dispositivo prohibido según el art. 5 Reglamento núm. 715/2007. Sobre este particular, el Abogado General vuelve a reiterar que es competencia de los legisladores nacionales fijar el método de cálculo de la indemnización debiendo salvaguardar los principios de reparación efectiva del daño y de prohibición del enriquecimiento injusto (párrafo 63).

3. Principales conclusiones en torno a la STJUE de 21 de marzo de 2023

El TJUE finalmente se pronunció el día 21 de marzo de 2023 y adoptó su posición sobre a las seis cuestiones planteadas por el tribunal alemán. Las dos primeras cuestiones prejudiciales giran en torno a la aplicabilidad del art. 823 BGB al caso *Dieselgate* y, en particular, sobre la posibilidad de considerar que la Directiva 2007/46, derogada por el Reglamento (UE) 2018/858, y el Reglamento núm. 715/2007 protegen, además de los intereses generales, los intereses de los compradores individualmente considerados que compraron un vehículo con un dispositivo fraudulento instalado, todo ello a los efectos de determinar la aplicabilidad del art. 823 BGB. Por tanto, la doctrina sentada en estas cuestiones prejudiciales no será examinada, habida cuenta que no es directamente aplicable al Derecho español.

A continuación, el TJUE tampoco se detiene en las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta a la vista de la decisión adoptada en las primeras cuestiones prejudiciales y, por tanto, la decisión de que, además de proteger los intereses generales, las normas comunitarias también protegen los intereses de los compradores de vehículos afectados por el *software* fraudulento.

Las cuestiones prejudiciales quinta y sexta se refieren a la forma de calcular la indemnización para los compradores afectados y, para ello, el TJUE parte de la premisa que los compradores de vehículos afectados por el *software* que altera el nivel real de emisiones de gases contaminantes tienen derecho a que su vehículo no esté equipado con dicho *software* (párrafo 89) y que corresponde a los Estados miembros fijar la forma del cálculo de la indemnización (párrafo 90 y 92) que deberán satisfacer los fabricantes de los vehículos afectados (párrafo 91).

En este sentido, el TJUE no se pronuncia explícitamente sobre la posibilidad de que el pago de la indemnización se compense con la ventaja obtenida por el uso del vehículo que es lo que, en esencia, pregunta el tribunal remitente. Sin embargo, el TJUE establece que la indemnización no puede significar un

enriquecimiento injusto de los beneficiarios:

> *«93. Ahora bien, no sería conforme con el principio de efectividad una normativa nacional que hiciese imposible en la práctica o excesivamente difícil la obtención, por parte del comprador de un vehículo de motor, de una indemnización adecuada por los daños que le haya ocasionado el incumplimiento, por el fabricante de tal vehículo, de la prohibición establecida en el artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007.*
>
> *94. Con esta salvedad, conviene recordar que los órganos jurisdiccionales nacionales están legitimados para velar por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión no produzca un enriquecimiento injusto de los beneficiarios (sentencia de 25 de marzo de 2021, Balgarska Narodna Banka, C-501/18, EU:C:2021:249, apartado 125)».*

En consecuencia, serán los Estados miembros quienes deberán determinar la fórmula del cálculo de la indemnización, teniendo en cuenta las características principales del contrato y del vehículo afectado, con la salvedad de que la indemnización no puede colocar a los compradores en una situación más ventajosa. Por tanto, en este punto me remito a lo dispuesto en los epígrafes anteriores dedicados al análisis de las conclusiones del Abogado General donde se afirma que, en mi humilde opinión, el uso normal del vehículo no constituye un incremento patrimonial que deba ser compensado con la indemnización por daños y perjuicios, puesto que por el uso normal el vehículo se ha depreciado y el uso normal no constituye una ventaja que deba compensarse, a tenor de lo resuelto en la STJUE C-404/2006, Sala primera, de 17 de abril de 2008, caso *Quelle*.

IV. CONCLUSIONES

Partiendo de las decisiones de la STJUE de 14 de julio de 2022 y de la STJUE de 21 de marzo de 2023, el TJUE se habrá pronunciado sobre dos vías que tienen los compradores afectados por el *Dieselgate* para resarcirse.

Por un lado, existe la posibilidad de reclamar la responsabilidad a los vendedores de acuerdo con la legislación de responsabilidad por falta de conformidad y remedios contractuales de la Directiva (UE) 2019/771, que ya ha sido transpuesta por los Estados miembros. De acuerdo con lo dispuesto en la STJUE de 14 de julio de 2022, la instalación de un dispositivo prohibido que impide el correcto funcionamiento del sistema de control de emisiones constituye una falta de conformidad. Asimismo, esta falta de conformidad no puede ser calificada de leve o de escasa entidad. Por tanto, una vez frustrada la reparación es posible la reducción del precio o la resolución del contrato. No obstante, a pesar de que este régimen jurídico ofrece una solución óptima al problema planteado, el principal problema se encuentra en el plazo de responsabilidad del vendedor. Es decir, en la gran mayoría de casos no será posible reclamar la responsabilidad al vendedor porque el art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771 prevé un plazo de responsabilidad del vendedor de dos años a contar desde la entrega del bien. Con ello quiero decir que, si los vehículos afectados se empezaron a comercializar en 2008 y la falta de conformidad no se descubrió hasta 2015, la acción habrá prescrito.

En el Caso 100/21, el TJUE se pronuncia sobre la compatibilidad del Derecho nacional alemán con el Derecho de la Unión. Salvando las distancias que existen entre los sistemas alemán y español, considero que es posible que los compradores reclamen los daños y perjuicios por la vía del art. 1101 y 1124 CC. A mi modo de ver, no cabría la resolución del contrato de compraventa del vehículo por incumplimiento porque entiendo que no puede catalogarse de esencial. Por tanto, queda abierta la posibilidad de reclamar por daños y perjuicios. A este respecto, sería oportuno que el legislador español estableciera, de una forma objetiva, el método para el cálculo de las indemnizaciones en función del modelo del vehículo y la fecha de su puesta en circulación, de una forma similar al caso alemán. Si no se fija de una forma objetiva la indemnización que corresponda se obliga a los compradores a probar el daño causado y más allá de la devaluación del vehículo por el daño que implica la falta de conformidad en sí misma, por ejemplo, mayores dificultades o imposibilidad de vender el

vehículo en el mercado de segunda mano, hasta el momento no ha podido probarse una afectación real al funcionamiento del vehículo.

No comparto la opinión del Abogado General que sostiene que la ventaja obtenida por el uso del vehículo pueda compensarse con el reembolso del precio de la compraventa. A mi juicio, el uso normal no constituye una ventaja que se traduzca en un incremento de patrimonio, beneficio o rédito económico. La STJUE C-404/2006, Sala primera, de 17 de abril de 2008, caso *Quelle* determinó que no es posible exigir al consumidor un pago por el uso del bien no conforme previo a su sustitución. Este pronunciamiento actualmente se ha positivizado en el art. 14.4 Directiva (UE) 2019/771. Por tanto, no comprendo por qué debe compensarse el reembolso del precio de la compraventa en proporción al uso del vehículo.

Por lo que atañe a la prescripción de la acción, considero que la acción podría ser viable, aunque sería determinante el momento de inicio del plazo de prescripción, un aspecto que también puede ser muy controvertido. De este aspecto dependerá, en gran parte, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria de los consumidores.

Por lo que se refiere al estado de la cuestión en España, considero que las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales han desincentivado a los compradores de los vehículos afectados a reclamar la responsabilidad derivada de la instalación del dispositivo prohibido. Asimismo, la STS núm. 561/2021, de 23 de julio, solo se ha pronunciado sobre la conveniencia de indemnizar el daño moral, que ha sido la vía a través de la cual en España se ha indemnizado a los perjudicados. Discrepo sobre la forma mediante la cual actualmente se han indemnizado a los particulares. A mi modo de ver, existe un daño material por la depreciación del vehículo en el mercado de segunda mano que debe ser indemnizado. Cierto es que los titulares de los vehículos afectados han podido seguir utilizando el bien. No obstante, la presencia del dispositivo prohibido implica una pérdida del valor en cambio del bien que hasta el momento no se ha indemnizado.

Por último, pienso que la razón por la que el TJUE hasta el momento se ha pronunciado sobre el *Dieselgate* desde el Derecho privado es porque los compradores de los vehículos afectados han tratado de reclamar la responsabilidad a los vendedores o fabricantes. Es decir, hasta el momento se ha enjuiciado el caso desde el Derecho privado, que regula la relación jurídica existente entre las partes contractuales. Sin embargo, creo que el problema es propiamente de Derecho público y se remonta al estadio previo a la comercialización de los vehículos, en el momento en qué los vehículos fueron homologados conforme a la Directiva 2007/46/CE, actualmente derogada por el Reglamento (UE) 2018/858. Es en esta fase donde tendrían que adoptarse los controles oportunos para que un escándalo público como el *Dieselgate* no vuelva a producirse y que el derecho privado no tenga que dilucidar las consecuencias del incumplimiento .

V. BIBLIOGRAFÍA

Arbour, Marie-Eve (2022), The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices between the Conformity Guarantee and Environmental Law, *European Journal of Risk Regulation,* núm. 13.

Asúa González, Clara Isabel (2013), Artículo 1106 CC, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil,* Tirant lo Blanch, Valencia .

Carrasco Perera, Ángel (2020), Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales, https://www.gapágs.com/wpcontent/uploads/2020/07/Dieselgate_soluciones_contractuales_extracontractuales.pdf. [Fecha de consulta 15/02/2023]

Carrasco Perera, Ángel, y García Montoro, Lourdes (2016), Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 18.

Conclusiones del Abogado General. Athanasios Rantos. Asunto C-100/21. QB contra Mercedes-Benz Group AG, anteriormente Daimler AG, ECLI:EU:C:2022:420. STJUE (Gran Sala), Caso C-100/21, de 21 de marzo de 2023.

Cristóbal Montes, Ángel (1989), Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 595.

De Ángel Yágüez, Ricardo (2008), Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (I), en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

(1991-a), Artículo 1.106 CC, en Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo Ponce de León, Luís *et. al., Comentario del Código Civil,* t. II, Ministerio de Justicia.

(1991-b), Artículo 1.107 CC en Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo Ponde de León, Luis *et. al., Comentario del Código Civil,* t. II, Ministerio de Justicia.

Díez-Picazo Ponce de León. Luís (2007), Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord..), *La responsabilidad civil y su problemática actual,* Dykinson, Madrid.

Fenoy Picón, Nieves (2009), La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del Texto Refundido de consumidores, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII.

Hondius, Ewoud; Heutger, Viola; Jeloschek, Christoph; Sivesand, Hanna y Wiewiorowska, Aneta (2008) *Principles of European Law on Sales (PEL S),* Sellier— European law Publishers, Munich.

Janssen, André (2022), The Dieselgate Saga: The Next Round, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 5.

Llamas Pombo, Eugenio (2020), *Las formas de prevenir y de reparar el daño,* Wolters Kluwer, Madrid.

Medina Crespo, Mariano (2015), *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido,* Bosch, Barcelona.

Morales Moreno, Antonio Manuel (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante,* Aranzadi, Cizur Menor.

Ormazabal Sánchez, Guillermo (2020), El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva, *Indret*, núm. 3.

Simon, Rita (2023), Manipulated *Software* as a Minor Lack of Conformity?, en *Journal of European Consumer and Market Law,* núm. 2.

Sivesand, Hanna (2005), *The Buyer's remedies for non-conforming goods: should there be free choice or are restrictions necessary?*, Sellier — European Law Publishers, Munich.

Solé Feliu, Josep (2009), El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *Indret,* núm. 1.

Vacas Larraz, Juan (2018), Dieselgate: respuesta jurisdiccional, *Jueces para la democracia*, núm. 92.

Zoll, Fryderyk (2012-a), Commentary of the article 111 CESL, en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden.

(2012-b), Commentary of the article 112 CESL» en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary,* Nomos, Baden-Baden, p. 513.

LA LEY adquiere todos los derechos de explotación de la obra. También tendrá plena libertad para decidir las formas de reproducción de la misma en cualquier formato o presentación. Lo anterior no será de aplicación en los casos en los que se haya firmado con el autor un contrato específico de edición. La difusión pública por cualquier medio de los trabajos publicados en Actualidad Civil deberá ser autorizada expresamente por LA LEY. Consulte en este enlace la política sobre propiedad intelectual.

(1) Fecha de recepción del artículo: 27 de junio de 2023. Fecha de aceptación del artículo: 25 de julio de 2023.

(2) Reglamento (CE) núm. 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere 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 (DOUE núm. 171, de 29 de junio de 2007).

(3) Para una explicación más detallada de los orígenes del escándalo, *vid*. Carrasco Perera, Ángel, y García Montoro, Lourdes (2016), Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 18, pp. 2-5.

(4) Sentencia de 14 de julio de 2022, DS contra VOLKSWAGEN AG+Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, ECLI:ECLI:ECLI:EU:C:2022:572.

(5) Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L171/12, de 7 de julio de 1999).

(6) Janssen, André (2022), The Dieselgate Saga: The Next Round, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 5, p. 172.

(7) SJM núm. 3 de Madrid de 25 de enero. Existen otros fallos estimatorios, por ejemplo, la SJPI núm. 7 de Santander, de 27 de febrero.

(8) En el orden del Derecho procesal americano y alemán, *vid.* Ormazabal Sánchez, Guillermo (2020), El «dieselgate » ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva, *Indret*, núm. 3, pp. 1-34.

Para un enfoque jurisdiccional del Dieselgate, *vid*. Vacas Larraz, Juan (2018), Dieselgate : respuesta jurisdiccional, *Jueces para la democracia*, núm. 92, pp. 49-61.

(9) SAP Barcelona, Secc. 17ª, de 17 de marzo; SAP Lleida, Secc. 2ª, de 2 de julio, entre otras.

(10) SAP Barcelona, Secc. 17ª, de 17 de marzo; SAP Baleares, Secc. 3, de 11 de abril; SAP Baleares, Secc. 3ª, de 8 de mayo.

(11) SAP Burgos, Secc. 2ª, de 25 de febrero.

(12) Sobre la admisibilidad de la indemnización por daño moral, *vid*. De Ángel Yágüez, Ricardo (1991-a), Artículo 1.106 CC, en Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo Ponce de León, Luís *et. al., Comentario del Código Civil,* t. II, Ministerio de Justicia, pp. 49-50.

(13) STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 23 de julio (RJ\2021\3583).

(14) De Ángel Yágüez, Ricardo (1991-b), Artículo 1.107 CC en Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo Ponde de León, Luis *et. al., Comentario del Código Civil,* t. II, Ministerio de Justicia, p. 53. La función del art. 1.107 CC es determinar los límites y la extensión de la obligación de indemnizar.

(15) Solé Feliu, Josep (2009), El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *Indret,* núm. 1, pp. 1-42. Un ejemplo del primer grupo sería un contrato de compraventa de un inmueble. En virtud de este contrato las partes satisfacen necesidades puramente patrimoniales. Un ejemplo del segundo grupo sería un contrato de viaje combinado, un contrato de arrendamiento de servicios para la realización de un reportaje fotográfico en una boda o un contrato de servicios funerarios. En estos contratos, si bien existe un interés de naturaleza patrimonial, no es el interés tutelado en el objeto del contrato.

(16) Morales Moreno, Antonio Manuel (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante,* Aranzadi, Cizur Menor, pp. 172-173.

(17) Otra cuestión planteada al TJUE pretendía que el tribunal se pronunciara sobre un dispositivo de desactivación, en el sentido del art. 3.10 del Reglamento núm. 715/2007, podría ser considerado un dispositivo permitido si la recirculación de los gases de escape solamente es operativa cuando la temperatura ambiental se sitúa entre los 15 ºC y 33 ºC y en una altitud interior a los 1000 metros (excepción prevista en el art. 5.2.a) Reglamento núm. 715/2007.

(18) La decisión del TJUE se pronuncia sobre la Directiva 1999/44/CE, que era la directiva que se encontraba vigente en el momento del planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Dicha directiva quedó derogada por la Directiva (UE) 2019/771.

(19) Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de septiembre de 2007 por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos (DOUE núm. 263, de 9 de octubre de 2007).

(20) Sentencia de 14 de julio de 2022, DS contra VOLKSWAGEN AG+Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, ECLI:ECLI:ECLI:EU:C:2022:572: *«la determinación del significado y del alcance de este debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte».*

(21) Considero que el cambio terminológico entre ambas directivas no es revelador de la voluntad del legislador de introducir un cambio normativo de este concepto. De hecho, el párrafo 89 de la STJUE de 14 de julio de 2022 utiliza ambos conceptos cuando realiza la interpretación literal.

STJUE (Gran Sala), Caso DS contra VOLKSWAGEN AG+Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, de 14 de julio de 2022. «(89) *Habida cuenta, por de pronto, del sentido habitual del término «de escasa importancia», el concepto de «falta de conformidad de escasa importancia» alude a una falta de conformidad leve».*

(22) *Vid.* Fenoy Picón, Nieves (2009), La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, pp. 211-334. Sivesand, Hanna (2005), *The Buyer's remedies for non-conforming goods: should there be free choice or are restrictions necessary?*, Sellier — European Law Publishers, Munich, pp. 144-150.

(23) No es el objeto de este trabajo detenerse en un estudio exhaustivo del concepto de falta de conformidad leve en todos los textos normativos que se hace referencia a este concepto, Sin ánimo de exhaustividad ni exclusividad, podemos traer a colación los Principios de Derecho europeo sobre el contrato de compraventa (PEL S), cuyo art. 4.206 PEL S dispone lo siguiente:

Article 4:206: Termination.

(1) The buyer may terminate the contract under Chapter 9. Section 3 PECL if the lack of conformity is fundamental.

(2) In a consumer sale, the buyer may terminate the contract unless the lack of conformity is minor.

Hondius, Ewoud; Heutger, Viola; Jeloschek, Christoph; Sivesand, Hanna y Wiewiorowska, Aneta (2008) *Principles of European Law on Sales (PEL S),* Sellier— European law Publishers, Munich, p. 292. La doctrina comentarista de los PEL S el alcance de la falta de conformidad de escasa importancia está por debajo del umbral del incumplimiento esencial. El concepto de falta de conformidad de escasa importancia alude a una falta de conformidad de poca importancia en relación con el valor del bien. Se refiere principalmente a defectos estéticos o pequeños defectos de funcionamiento que no repercuten en la funcionalidad del bien.

(24) Simon, Rita (2023), Manipulated Software as a Minor Lack of Conformity?, en *Journal of European Consumer and Market Law,* núm. 2, p. 73. Arbour, Marie-Eve (2022), The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices

between the Conformity Guarantee and Environmental Law, *European Journal of Risk Regulation,* núm. 13, pp. 676-678.

(25)La SAP A Coruña, Secc. 3ª, de 16 de diciembre de 2005 contiene una relación de defectos que afectan a los vehículos y se dividen entre las «incomodidades» y los defectos que afectan a la seguridad.

(26)Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, Bruselas, 9.12.2015 COM (2015) 635 final 2015/0288 (COD). *«(27) La elección del consumidor entre la reparación y la sustitución solo debe limitarse cuando la opción elegida resulte desproporcionada en comparación con la otra opción disponible, imposible o ilegal. Por ejemplo, podría resultar desproporcionado solicitar la sustitución de bienes por motivo de un rasguño menor si dicha sustitución genera costes significativos cuando el rasguño podría repararse fácilmente».*

(27)Zoll, Fryderyk (2012-a), Commentary of the article 111 CESL, en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden , pp. 507-511.

(28)Conclusiones del Abogado General. Athanasios Rantos. Asunto C-100/21. QB contra Mercedes-Benz Group AG, anteriormente Daimler AG, ECLI:EU:C:2022:420. STJUE (Gran Sala), Caso C-100/21, de 21 de marzo de 2023.

(29)Para una aproximación a la solución alemana al Dieselgate, *vid.* Carrasco Perera, Ángel (2020), Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales , https://www.gapágs.com/wpcontent/uploads/2020/07/Dieselgate_soluciones_contractuales_extracontractuales.pdf. [Fecha de consulta 15/02/2023]

(30)Conclusiones del Abogado General. Athanasios Rantos. Asunto C-100/21. QB contra Mercedes-Benz Group AG, anteriormente Daimler AG, ECLI:EU:C:2022:420.

(31)De Ángel Yágüez, Ricardo (1991-a), Artículo 1.106 CC, *cit.,* p. 49.

(32)Asúa González, Clara Isabel (2013), Artículo 1106 CC, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8104. La merma de la facultad de disposición podría ser un supuesto indemnizable, en tanto que repercute negativamente en el patrimonio del deudor.

(33)De Ángel Yágüez, Ricardo (2008), Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (I), en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord..), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 362.

(34)Carrasco Perera, Ángel, y García Montoro, Lourdes (2016), Batalla legal contra Volkswagen, *cit.,* p. 11. Estos autores defienden una reducción generalizada del precio de la compraventa para indemnizar la depreciación del vehículo en el mercado de segunda mano: *«No tiene ninguna importancia que de hecho el vehículo no haya perdido potencia ni aumentado consumo ni perdido su licencia de circulación ni emita más inmisiones que las permitidas (que no es el caso), ni que una cosa u otras tampoco se produzcan si se lleva a cabo una eliminación exitosa del software. Es el mercado el que ya ha depreciado estos vehículos».*

En el mismo sentido se posiciona la SJM núm. 3 de Madrid núm. 36/2021, de 25 de enero.

(35)Conclusiones del Abogado General. Athanasios Rantos. Asunto C-100/21. QB contra Mercedes-Benz Group AG, anteriormente Daimler AG, ECLI:EU:C:2022:420.

(36)En el párrafo núm. 62 de las Conclusiones del Abogado General se afirma que «*la ventaja obtenida por la utilización efectiva del vehículo de que se trata puede compensarse con el reembolso del precio de compra de dicho vehículo* ».

(37)Zoll, Fryderyk (2012-b), Commentary of the article 112 CESL» en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary,* Nomos, Baden-Baden, p. 513.

(38)Para una exposición de la aplicación de la institución en el Derecho de la propiedad intelectual y en las leyes de patentes y marcas, *vid*. Llamas Pombo, Eugenio (2020), *Las formas de prevenir y de reparar el daño,* Wolters Kluwer, Madrid, pp. 293-297.

(39)Asúa González, Clara Isabel (2013), Artículo 1106 CC, *cit.,* p. 8106.

(40)Para un estudio de la institución, *vid.* Medina Crespo, Mariano (2015), *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido,* Bosch, Barcelona, p. 54. El autor clasifica el beneficio en tres posibles grupos: los

beneficios directos; los beneficios indirectos, conexos o colaterales y los beneficios adventicios, ocasionales o eventuales. Cristóbal Montes, Ángel (1989), Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 595, p. 1969. *«si el daño experimentado por el acreedor hay que referirlo al incumplimiento de una determinada obligación, el beneficio que se reporte a aquél debe ser consecuencia también de dicho incumplimiento».* Díez-Picazo Ponce de León. Luís (2007), Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos , en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord..), *La responsabilidad civil y su problemática actual,* Dykinson, Madrid, p. 251 . Para este autor, los actos de intromisión que generan la acción restitutoria del enriquecimiento son el indebido ejercicio del *ius utendi*, del *ius fruendi*, y del *ius disponendi*. En mi opinión, la idea de beneficio, rédito económico o incremento patrimonial es un presupuesto básico para compensarlo con el perjuicio provocado por el incumplimiento y, asimismo, el uso normal y legítimo que el comprador realiza de su vehículo como propietario tampoco pienso que sea un caso de uso indebido. La figura de la *compensatio lucri cum damno* también ha tenido acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años cuando el Tribunal se ha pronunciado sobre la compensación de la indemnización por daños y perjuicios con los cupones cobrados por los demandantes en la contratación de productos financieros complejos. A este respecto, *vid.* STS núm. 613/2017, de 16 de noviembre: *«en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional».*