

Roj: **SJM M 4/2021 - ECLI: ES:JMM:2021:4**Id Cendoj: **28079470012021100001**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2021**Nº de Recurso: **684/2017**Nº de Resolución: **36/2021**Procedimiento: **Procedimiento ordinario**Ponente: **CARLOS NIETO DELGADO**Tipo de Resolución: **Sentencia****JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 01 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930527

Fax: 914930532

42010143

NIG: 28.079.00.2-2017/0107258

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 684/2017 (Juicio Verbal (250.2))**

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS LEY COMPETENCIA DESLEAL NUMERO 7

**Demandante:** ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS -OCU- PROCURADOR D./Dña. MIRIAM LOPEZ OCAMPOS**Demandado:** VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA SA/VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCION S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO

**SENTENCIA Nº 36/2021**

En Madrid, a 25 de enero de 2021.

Vistos por D. CARLOS NIETO DELGADO, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el nº 684/2017, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. MIRIAM LÓPEZ OCAMPOS, Procuradora de los Tribunales y de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), contra VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. (anteriormente denominada VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA S.A.) que comparece representada por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, sobre COMPETENCIA DESLEAL

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, suplicando que se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

1º) Declaración del carácter de práctica comercial desleal, de la conducta de la demandada consistente en la instalación, en sus vehículos con motores diésel (EA 189) del grupo VW, de un programa informático -software- que ofrecía una imagen inveraz de las emisiones de gases contaminantes de sus motores, camuflando sus verdaderas condiciones y simulando el mantenimiento de unos niveles de elevada potencia y consumo



reducido al tiempo que transmitía públicamente la idea reducción significativa del consumo de combustible y las emisiones de gases contaminantes.

2º) Orden de cesación de la conducta desleal precitada o de prohibición de su reiteración futura.

3º) Remoción de la conducta en un plazo máximo de dos meses, para los supuestos en que no se haya efectuado el saneamiento de los vehículos afectados, mediante la modificación del software instalado o cambio de hardware si fuera preciso, debiendo adoptarse las medidas necesarias para la adecuación de las emisiones a la normativa vigente.

4º) Resarcimiento por los daños y perjuicios a los usuarios afectados asociados a la OCU e identificados en la demanda en la cuantía de VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL EUROS (22.629.000 €), a razón de TRES MIL EUROS (3.000 €)

por afectado, correspondiendo ONCE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS EUROS (11.314.500 €), a razón de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €)

por afectado, en concepto de daño patrimonial y ONCE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS EUROS (11.314.500 €), a razón de MIL QUINIENTOS

EUROS (1.500 €) por afectado, en concepto de daño extra patrimonial. Y de modo subsidiario a las sumas indicadas se interesa la indemnización con el equivalente al 10% del coste de adquisición del vehículo por idénticos conceptos y proporciones.

Subsidiariamente, de no apreciarse el resarcimiento por daño patrimonial, la restitución por enriquecimiento injusto a los usuarios afectados a la OCU e identificados en la presente acción en la cuantía de ONCE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS EUROS (11.314.500 €), a razón de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €)

por afectado, con idéntico importe de ONCE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS EUROS (11.314.500 €), a razón de MIL QUINIENTOS EUROS

(1.500 €) por afectado, por daño moral o extra patrimonial. Y de modo subsidiario a las sumas indicadas se interesa la restitución con el equivalente al 10% del coste de adquisición del vehículo por idénticos conceptos y proporciones. Y aún de modo subsidiario, de no apreciarse la concurrencia de daño moral, la mera restitución por enriquecimiento sin causa a los usuarios afectados asociados a la OCU e identificados en la presente acción por importe de ONCE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS EUROS (11.314.500 €), a razón de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €)

por afectado. Y de modo subsidiario a las sumas indicadas se interesa la restitución con el equivalente al 5% del coste de adquisición del vehículo por idénticos conceptos y proporciones.

5º) Publicación de la sentencia dictada, a costa de la demandada, total o parcial, a criterio del juzgador, en dos de los periódicos de mayor circulación a nivel nacional.

6º) Condena en costas a la entidad demandada.

En la citada demanda se señaló como domicilio social de la demandada Parque de Negocios Mas Blau II, Edificio Landscape, c/ de la Selva núm. 22 de El Prat de Llobregat (Barcelona) y como domicilio a efectos de emplazamiento la c/ Galileo 77 de 28015 Madrid.

**SEGUNDO.-** En fecha 16 de mayo de 2018 el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, obrando en representación de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. se personó en las presentes actuaciones alegando haber sido incorrectamente emplazado en el establecimiento de la sociedad AUDI RETAIL MADRID, S.A. sito en la calle Galileo 77 de Madrid, donde se manifestó no se hallaba ni el domicilio social de esta última sociedad (sito en c/ Isla de Java 1 de Madrid) ni tampoco el domicilio social de la demandada (sito en / de la Selva núm. 22 de El Prat de Llobregat (Barcelona). En el citado escrito interesaba ser emplazada nuevamente a través del citado Procurador.

**TERCERO.-** En fecha 16 de mayo de 2018 el Procurador de los Tribunales D. GERMÁN MARINA GRIMAU obrando en representación de AUDI RETAIL MADRID, S.A. presentó escrito de personación en el que, sucintamente, alegaba haber aceptado por error en su establecimiento de la c/Galileo 77 de Madrid la cédula de emplazamiento dirigida a VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A., manifestando ser una sociedad con personalidad absolutamente distinta de esta última, no ser sucursal de la misma y no ostentar respecto de ella ningún poder de representación. En fecha 24 de julio de 2018 se dictó diligencia teniendo por hechas las manifestaciones y dando traslado a las partes.



**CUARTO.-** En fecha 17 de mayo de 2018 el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, obrando en representación de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. presentó un segundo escrito por medio del cual, para el caso en que este Juzgado Mercantil considerase que su emplazamiento había sido correctamente realizado, deducía DECLINATORIA POR FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1.12º y 16º LEC por entender que los Juzgados competentes para el enjuiciamiento de la presente reclamación son los Juzgados Mercantiles de Barcelona, al hallarse sito su domicilio social en dicha provincia.

**QUINTO.-** Con fecha 24 de julio de 2018 se dictó diligencia de ordenación en la que se dispuso, con relación al escrito presentado en fecha 16 de mayo de 2018 por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO en representación de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A., dar traslado del emplazamiento, la demanda y los documentos a dicha parte través del citado Procurador. En la misma resolución procesal se acordó, con relación al escrito de declinatoria presentado por el mismo Procurador en la referida representación en fecha 17 de mayo de 2018, estar a lo acordado respecto del precedente escrito o a su ratificación dentro del plazo concedido.

**SEXTO.-** En fecha 31 de julio de 2018 el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, obrando en representación de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. presentó un nuevo escrito por medio del cual ratificaba la declinatoria por falta de competencia territorial que había presentado en fecha 17 de mayo de 2018.

**SEPTIMO.-** La Letrada de la Administración de Justicia dictó diligencia de ordenación teniendo por promovida la declinatoria, dando traslado de la misma por plazo de CINCO DÍAS y suspendiendo el curso de las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 LEC.

**OCTAVO.-** Con fecha 20 de septiembre de 2018 la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. MIRIAM LÓPEZ OCAMPOS obrando en representación de la OCU presentó escrito de oposición a la declinatoria, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes terminaba suplicando que se desestimara dicho incidente con imposición de costas a la parte demandada.

**NOVENO.-** El Ministerio Fiscal presentó escrito en fecha 27 de septiembre de 2018, informando que en caso de existir establecimientos abiertos al público de la demandada en Madrid, este Juzgado sería territorialmente competente.

**DECIMO.-** Con fecha 6 de noviembre de 2018 se dictó diligencia de ordenación dejando los autos sobre la mesa pendientes de dictar la resolución procedente.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 18 de febrero de 2019 se dictó auto cuya parte dispositiva rezaba como sigue: *ACUERDO.- Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la declinatoria deducida por por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, obrando en representación de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. sin expresa imposición de las costas devengadas en este incidente. Se alza la suspensión del presente procedimiento. Notifíquese la presente resolución a las partes personadas con indicación de que contra la misma y de acuerdo con lo previsto en los artículos 66.2 y 451 de la LEC , cabe recurso de REPOSICIÓN que deberá interponerse en el plazo de CINCO DÍAS expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido, a juicio del recurrente.*

**DUODÉCIMO.-** La parte demandada presentó solicitud de aclaración y en su caso corrección del auto de 18 de febrero de 2019, en el que terminaba suplicando: a) que se rectifique la citada resolución al objeto de indicar que, contra la misma, no cabe recurso alguno; y b) que se aclare cuándo entiende el Juzgado que se produjo el emplazamiento de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. a fin de conocer cuántos días deben descontarse del plazo de que dispone VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. para contestar la demanda. La demandada presentó su escrito de contestación en fecha 7 de marzo de 2019.

**DECIMOTERCERO.-** De la anterior solicitud se dio traslado al resto de partes personadas en fecha 14 de marzo de 2019 con el resultado que consta en las actuaciones y mediante diligencia de fecha 16 de abril de 2019 quedaron los autos pendientes de dictar resolución.

**DECIMOCUARTO.-** En fecha 15 de julio de 2019 se dictó auto cuya parte dispositiva acordaba lo siguiente: 1) Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la solicitud de RECTIFICACIÓN de error material de la resolución dictada el 18 de febrero de 2019 presentada por VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A., en el sentido de que donde dice *Notifíquese la presente resolución a las partes personadas con indicación de que contra la misma y de acuerdo con lo previsto en los artículos 66.2 y 451 de la LEC , cabe recurso de REPOSICIÓN que deberá interponerse en el plazo de CINCO DÍAS expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido, a juicio del recurrente.* En el escrito de recurso deberá acreditar el recurrente haber consignado en la cuenta de este Juzgado núm. 2227 0000 04 0134 16 la cantidad de VEINTICINCO EUROS (25 EUR) conforme a lo dispuesto por



la D<sup>a</sup>. 15<sup>a</sup> de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, siendo este requisito necesario para su admisión a trámite debe decir: *Contra esta resolución no cabe recurso alguno ( art. 67.1 LEC ).* 2) Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la solicitud de aclaración presentada por VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. en cuanto concierne a la fecha del emplazamiento y el cómputo del plazo para la contestación.

**DECIMOQUINTO.-** Presentado escrito de contestación, por diligencia de ordenación se mandó convocar a ambas partes a la celebración de la audiencia previa, que se celebró en fecha 7 de octubre de 2019, en la que se afirmaron en sus respectivos escritos, solicitando se recibiera el pleito a prueba. Admitida la prueba, se practicó en el acto del juicio celebrado en fecha 17 de febrero de 2020 con el resultado que obra en autos, concediéndose a las partes el correspondiente traslado para que formularan sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre los argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones.

**DECIMOSEXTO.-** En la tramitación de este expediente se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para el dictado de sentencia por acumulación de asuntos de este órgano judicial.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.- Hechos probados

Se consideran probados y así expresamente se declaran los siguientes hechos:

- a) El fabricante de vehículos VOLKSWAGEN AG instaló en los vehículos con motores diésel EA 189 Euro 5 un software capaz de detectar la realización de pruebas de homologación de emisiones y activar un modo del funcionamiento del motor que falseaba los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx).
- b) En septiembre de 2015 la dirección de dicha compañía hizo público un comunicado, difundido a nivel mundial, reconociendo la existencia de irregularidades en la configuración del software instalado en sus vehículos conducente a un falseamiento de los datos sobre emisiones de Nox, asumiendo la responsabilidad y los costes derivados de las medidas que pudieran aplicarse.
- c) El Tribunal Supremo español, en Sentencia de fecha 11 de marzo de 2020, ha resuelto en sede de casación declarar la responsabilidad del fabricante SEAT con fundamento en el falseamiento de los datos de emisiones de los motores de la misma procedencia VOLKSWAGEN, imponiendo una condena al pago de una indemnización por daños morales por importe de QUINIENTOS EUROS (500 EUR) a un comprador.
- e) El fabricante alemán VOLKSWAGEN AG ha alcanzado un acuerdo para indemnizar en Alemania a los propietarios de los vehículos afectados comprometiéndose a abonar entre 1.350 y 6.250 euros a partir del 5 de mayo a los afectados.

Todos los hechos anteriormente expuestos han sido negados por la compañía demandada pero resultan acreditados con la documentación obrante en las actuaciones o bien gozan de notoriedad absoluta y general ( art. 281.4 LEC). Con relación a lo que deba considerarse a los efectos de esta resolución "hecho que goce de notoriedad absoluta y general" en los términos del artículo 281.4 LEC, esta resolución aplicará la doctrina legal recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, en que se permite aplicar ese concepto a "hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general". En la misma resolución se cita otra anterior de 9 de mayo de 2013 en que el Alto Tribunal señala:

*«153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .*

*»154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994 , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.*

*»155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión*



*del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003, quedan exentos de prueba».*

## **SEGUNDO.- Exposición preliminar de los hechos enjuiciados y alcance de la cognición de la presente demanda**

La parte actora ejercita frente a la parte demandada las acciones declarativa de la deslealtad, de cesación, de remoción, de indemnización de daños y perjuicios y de publicación de la sentencia con fundamento en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD), en la redacción resultante de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. No es de aplicación al caso, por razones temporales, la última reforma introducida por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (Disposición transitoria 1 apartado 2).

La parte demandante, una asociación de consumidores y usuarios de ámbito nacional inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) y perteneciente al Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU), sustenta su reclamación en las prácticas desleales contrarias a la buena fe y a la diligencia profesional, así como de engaño masivo a los consumidores, cometidas por el fabricante alemán de vehículos VOLKSWAGEN en sus motores diésel EA 189 Euro 5 mediante la instalación de un software capaz de detectar el sometimiento del vehículo a pruebas de emisiones y falsear los resultados en cuanto concierne a los datos referidos al óxido de nitrógeno (NOx). Se argumenta que dicha práctica contradice públicas declaraciones y mensajes publicitarios en que la marca presentaba sus vehículos como ejemplo de ahorro, respeto con el medio ambiente y eficiencia.

A pesar de la asistemática exposición de la demanda, se puede concluir, de una lectura de la parte dedicada a su Fundamentación Jurídica (págs. 23 y siguientes), que la deslealtad pretendidamente cometida por la demandada consistiría: a) en la infracción de la cláusula general ( art. 4 de la Ley 3/1991: comisión de un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y, en particular, contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores); b) en la comisión de actos de engaño ( art. 5 de la Ley 3/1991: difusión de información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico).

La parte demandada fundamentalmente estructura su defensa en torno a tres clases distintas de alegaciones:

a) en el primer bloque de motivos de oposición, se rechaza la legitimación pasiva de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. para hacerse responsable de las supuestas prácticas contrarias a la buena fe y de engaño en que hubiera podido incurrir el fabricante alemán de vehículos VOLKSWAGEN AG en la producción de motores diésel EA 189 Euro 5. La demandada es una sociedad local que se dedica única y exclusivamente a la comercialización de los referidos vehículos y es completamente ajena a cualquier fraude o engaño en que hubiera podido incurrir el fabricante que produce esos automóviles. Asimismo, se rechaza parcialmente la legitimación activa de la OCU con relación a los titulares de vehículos no asociados a la OCU o bien propietarios de vehículos destinados a uso profesional u otra actividad económica;

b) en el segundo bloque de motivos de oposición, se impugna la aplicabilidad al caso de los preceptos de la Ley de Competencia Desleal que se denuncian como infringidos. Se argumenta extensamente el sentido, objeto y finalidad de la cláusula general de deslealtad y se razona la imposibilidad de aplicarla en relación a conductas cuyo encaje sólo podría ubicarse en los actos de engaño. En torno a estos últimos, se defiende en esencia que los datos sobre emisiones NOx nunca se hicieron públicos, por lo que ningún consumidor pudo ser inducido a engaño en relación con los parámetros de tales emisiones.

c) en tercer lugar, asumiendo que pudieran salvarse los anteriores obstáculos, sostiene la demandada que las acciones de cesación, prohibición de reiteración serían improsperables, al haber puesto fin por completo VOLKSWAGEN a la manipulación denunciada y haber desplegado una campaña de intervención técnica gratuita en los vehículos afectados. En cuanto concierne a la acción de indemnización, no sería posible

un ejercicio colectivo o supraindividual de la misma, la acción estaría prescrita y en todo caso no se reconoce que se haya causado ningún daño a los propietarios de vehículos.

En los fundamentos jurídicos que siguen, se analizará detenidamente la concurrencia de las prácticas desleales denunciadas, dando respuesta a cada uno de los motivos de oposición aducidos por la compañía demandada en sustento de su pretensión de que la presente demanda sea íntegramente desestimada. Con



carácter previo, debemos sin embargo efectuar una breve exposición preliminar sobre la respectiva postura de las partes en torno a los hechos que son objeto de enjuiciamiento y las respectivas estrategias procesales para su análisis y valoración. Este Juzgador no es proclive a efectuar consideraciones de índole valorativa sobre las situaciones objeto de enjuiciamiento, pero la trascendencia del caso que aquí se plantea, la afectación que el mismo supone para los derechos de miles de ciudadanos y la repercusión mundial del llamado "dieselgate" en el plano económico, jurídico y hasta político justifican excepcionalmente esta breve e inicial exposición.

La defensa de la compañía VOLKSWAGEN, en un extenso escrito de oposición a la presente reclamación de más de doscientas páginas, manifiesta una línea de defensa que podríamos calificar como "negacionista", absolutamente desacorde con las manifestaciones de sus representantes y directivos a nivel mundial en torno a lo que ha dado en llamarse el "escándalo del Dieselgate", en las que, contrariamente a la postura procesal adoptada en este juicio, se reconoce una cierta culpa y existe un compromiso de reparación. En la medida en que la demandada niega y rechaza la existencia de toda irregularidad y responsabilidad, nos vemos en la obligación, al objeto de centrar mínimamente el contexto de dicho escándalo, de reproducir un fragmento del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 715/2007, 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» [COM(2019) 208 final - 2019/0101 (COD)], publicado en DOUE de 15 de enero de 2020, que proporciona una visión sucinta y objetiva de los hechos que dan pie a esta demanda:

2.1. *En septiembre de 2015 salió a la luz que el grupo VW había fabricado y vendido vehículos en los que había introducido una aplicación informática que manipulaba los ensayos de laboratorio destinados a controlar las emisiones de gases de los automóviles (4).*

2.2. *De este modo, la empresa perjudicó a nivel mundial a millones de consumidores que compraron estos vehículos confiando en que cumplían los límites legales de emisión de contaminantes y tenían un impacto más sostenible en el medio ambiente y en el consumo. Con su conducta, la empresa causó también daños graves a la salud de los ciudadanos y el medio ambiente en general.*

2.3. *Se constató que, debido a la acción de la empresa y a los requisitos relacionados con los ensayos de laboratorio, los valores de las emisiones de óxido de nitrógeno en la conducción real eran entre diez y cuarenta veces mayores que los valores de los ensayos de laboratorio.*

2.4. *Además, la empresa reconoció que había instalado este dispositivo en cerca de once millones de vehículos diésel a nivel mundial. Debido a este escándalo, la Comisión Europea y algunos Estados miembros iniciaron procedimientos administrativos de infracción y penales para sancionar a la empresa por su comportamiento.*

2.5. *El CESE recuerda que millones de consumidores no fueron indemnizados efectivamente por los daños sufridos y tampoco existe información sobre las consecuencias de los controles realizados por las autoridades de los Estados miembros ni sobre los procedimientos de recogida llevados a cabo por la empresa, en particular por lo que respecta a la subsanación de la falta de conformidad en relación con el rendimiento posterior del vehículo.*

2.6. *Diversas organizaciones de defensa del consumidor y el medio ambiente a nivel europeo utilizaron mecanismos de recurso colectivo y emprendieron acciones contra Volkswagen y SEAT, pero solo a nivel nacional y siguiendo procedimientos judiciales dispares.*

2.7. *Sin perjuicio de estas acciones, muchos de estos consumidores nunca podrán ser indemnizados por los daños sufridos debido a que no existe un mecanismo europeo de recurso colectivo. Además, la reciente propuesta de Directiva, presentada por la Comisión, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (5) no da una respuesta plena a la necesidad de indemnizar efectivamente a los consumidores perjudicados. Esta respuesta habría sido fundamental en este caso, puesto que permitiría indemnizar a los consumidores perjudicados, que dependen totalmente por lo tanto de las medidas y decisiones tomadas en los Estados miembros, a la espera de que las negociaciones en curso con el Parlamento Europeo y el Consejo lleguen pronto a buen término con una versión más adecuada de la propuesta.*

Otro documento procedente de las instancias europeas, en este caso el documento informativo núm. 1/2019 emitido por el Tribunal de Cuentas Europeo, bajo el título "Respuesta de la UE al escándalo del dieselgate", expone el caso aquí analizado del siguiente modo:

13. *El escándalo de emisiones de Volkswagen, más conocido como «dieselgate», salió a la luz en septiembre de 2015, cuando la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) de los Estados Unidos acusó formalmente a Volkswagen de vulnerar las normas estadounidenses sobre emisiones (15). Posteriormente Volkswagen admitió que se había instalado un «dispositivo de desactivación» en 11 millones de vehículos de combustible diésel en*

todo el mundo (16). Estos dispositivos eran capaces de detectar cuándo se estaba sometiendo a ensayo a un vehículo en laboratorio y activar su sistema de control de emisiones para ajustarse a las normas de emisiones de NOx. Sin embargo, fuera del laboratorio, el dispositivo desactivaba el sistema de control de emisiones y el vehículo producía emisiones muy por encima de los límites legales de NOx de los Estados Unidos.

(...)

20 Unos años antes de que se produjera el escándalo «dieselgate», el Centro Común de Investigación (JRC) de la Comisión señaló en 2011 que había una discrepancia importante entre las emisiones de NOx de los vehículos en condiciones de laboratorio y las observadas en carretera (19). Como consecuencia, los servicios de la Comisión empezaron a estudiar el modo de abordar el problema. 21 El 17 de diciembre de 2015, el Parlamento Europeo creó una Comisión de Investigación sobre la Medición de las Emisiones en el Sector del Automóvil (EMIS) para investigar las alegaciones de infracciones y de mala administración en la aplicación de la legislación de la UE relacionada con las mediciones de emisiones en el sector del automóvil. El 4 de abril de 2017, el Parlamento Europeo adoptó el informe final y las recomendaciones (20).

22 A raíz del escándalo «dieselgate», el proceso legislativo se aceleró y se aprobaron varios actos legislativos nuevos (véase el anexo I). Parte de esta legislación no entrará en vigor hasta septiembre de 2020. La Comisión deberá adoptar un número importante de reglamentos de ejecución.

Pasaremos a continuación a reproducir un fragmento de otro documento oficial de la Unión Europea, en este caso la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de marzo de 2019, sobre la evolución reciente del escándalo del «Dieselgate» (2019/2670(RSP), donde se resumen las reacciones de las instituciones de la Unión a esta problemática:

S . Considerando que la respuesta de la Comisión al escándalo del «Dieselgate» incluyó no solo la revisión de la Directiva 2007/46/CE, sino también una propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (COM(2018)0184); que esta legislación vinculante es clave para garantizar que los consumidores tengan derechos claros y puedan emprender acciones colectivas significativas, en particular dada la escasa aplicación de la recomendación de 2013 sobre los recursos colectivos en la mayoría de los Estados miembros; que en los Estados Unidos, donde el sistema de acciones colectivas está bien desarrollado, las víctimas de Dieselgate recibieron entre 5 000 y 10 000 dólares en pagos compensatorios, mientras que los consumidores europeos siguen esperando una compensación adecuada; que este expediente se encuentra entre los muchos que están bloqueados en el Consejo;

Aun siendo previo a los anteriores, podemos extraer también el siguiente fragmento del documento informativo "El Nuevo marco para los consumidores ¿Cómo funcionará el nuevo mecanismo de reparación colectiva?", elaborado por la Comisaría de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género de la UE en abril de 2018:

En el llamado escándalo Dieselgate, un fabricante de automóviles engañó a miles de consumidores vendiéndoles vehículos que no cumplían las normas sobre emisiones impuestas por la legislación vigente de la UE. Esto causó un perjuicio a los consumidores que habían comprado automóviles basándose en información engañosa sobre el comportamiento medioambiental y el consumo de combustible de los vehículos, y que, tras estallar el escándalo, vieron además cómo disminuía el valor de reventa de estos.

(...)

Si cuando el escándalo Dieselgate estalló en todos los Estados miembros hubiesen estado en vigor las normas propuestas en el Nuevo marco para los consumidores, las organizaciones de consumidores y los organismos públicos independientes habrían podido iniciar acciones de representación contra un fabricante que había engañado a los consumidores al afirmar falsamente que respetaba la legislación sobre homologaciones y medio ambiente, y habrían podido solicitar reparaciones para los afectados.

La jurisdicción española no es ajena a la anterior problemática y de hecho las primeras reclamaciones individuales interpuestas por propietarios de vehículos afectados por el escándalo de las emisiones han llegado ya al Tribunal Supremo español: en concreto, en la Sentencia de 11 de marzo de 2020, dictada tras un procedimiento civil de responsabilidad promovido por el comprador de un vehículo fabricado por SEAT con motor VOLKSWAGEN frente al fabricante del vehículo y el vendedor, el Alto Tribunal, casando la Sentencia dictada por la A.P. de Palma de Mallorca de 7 de septiembre de 2017, expuso los siguientes razonamientos:

1.- Ha resultado fijado correctamente en la instancia que el vehículo Seat Ibiza con motor diésel, fabricado por la codemandada Seat S.A. y que la demandante compró a la también codemandada Talleres Menorca S.A., no cumplía los estándares de emisiones contaminantes con que fue ofertado y llevaba instalado un dispositivo destinado a falsear los resultados de los test de emisiones contaminantes, cuyo descubrimiento dio lugar a un



escándalo que afectó a las sociedades del grupo Volkswagen. Un alto ejecutivo de este grupo societario, en el que está integrado Seat S.A., hizo en septiembre de 2015 unas declaraciones públicas en las que admitió la manipulación de los motores diésel instalados en los vehículos fabricados por las empresas del grupo, pidió perdón a los clientes por la «mala conducta» que había supuesto la instalación de ese software y afirmó que «haremos todo lo posible por remediar el daño causado». La Audiencia Provincial ha concluido que estos hechos causaron a la compradora unos daños morales por la inquietud, preocupación y molestias injustificadas que supuso la instalación del dispositivo que falseaba los test de emisión de gases contaminantes, y la llamada a revisión de los vehículos afectados cuando se descubrió la manipulación, cuya indemnización ha sido fijada estimativamente por la Audiencia Provincial en quinientos euros, sin que la demandante haya cuestionado la indemnización, pues solo impugna que se haya estimado la falta de legitimación pasiva de Seat S.A., a la que solicita que se extienda la condena solidaria al pago de tal indemnización.

Por último, nos referiremos a la reciente Sentencia dictada por el *Bundesgerichtshof* alemán en fecha 25 de mayo de 2020 en el asunto VI ZR 252/19 - OLG Koblenz LG Bad Kreuznach, de la que extractaremos algunos párrafos (traducción no oficial realizada por este órgano judicial):

1. El demandante adquirió en fecha 10 de enero de 2014 a un precio de 31.490 EUR bruto en un establecimiento de venta de automóviles un vehículo usado VW Sharan 2.0 TDI match, que iba equipado con un motor diésel de 2,0 litros del tipo EA189 norma de emisiones Euro 5. El vehículo cuyo permiso de circulación inicial databa de 12 de julio de 2012 presentaba en la fecha de la compra un kilometraje de 20.000 km. Para esta clase de vehículos se concedió la homologación prevista en el Reglamento (CE) núm. 715/2007 con la clase de emisiones contaminantes Euro 5.

2. El software empleado en conexión con el motor detecta si el vehículo ha sido sometido a las pruebas del Nuevo Ciclo de Conducción Europeo (conocido bajo las siglas en alemán NEFZ) y en este caso activa un modo de retorno de escape 1 optimizado para óxido de nitrógeno (NOx). En este modo, el retorno de escape presenta un nivel más bajo de emisiones de óxido de nitrógeno. En el funcionamiento normal del motor, al margen de la prueba, el motor cambia a un modo de retorno de escape 0, en el que la tasa de emisiones es más baja, pero el óxido de nitrógeno más elevado. Para la obtención de la homologación de la categoría de emisiones Euro 5, lo relevante es la emisión de óxido de nitrógeno en la prueba. Los valores límite de óxido de nitrógeno previstos en la norma Euro 5 se respetaban únicamente en el modo de retorno de escape 1.

3. En septiembre de 2015 el demandado reconoció públicamente el empleo de dicho software. En fecha 15 de octubre de 2015 la Autoridad Federal del Automóvil (*Kraftfahrt-Bundesamt* o KBA) dictó contra el demandado una resolución ejecutiva con pronunciamientos accesorios respecto de la homologación, que afectaba al vehículo del demandante. La KBA consideró acreditada la existencia de un dispositivo ilícito de conmutación de emisiones y ordenó al demandado su supresión y la acreditación de la observancia de los valores límite fijados. El demandado hizo público mediante una nota de prensa de 25 de noviembre de 2015 que había implementado actualizaciones del software, mediante las cuales este software debería ser eliminado de todos los vehículos con motor del Tipo EA189 de 2 litros. El demandante permitió la instalación de la actualización del software en febrero de 2017.

(...)

La puesta en circulación de un vehículo con el software objeto de la controversia ocultando de modo consciente una programación contraria a las leyes constituye un engaño no sólo de las autoridades estatales y de los competidores, sino también de los clientes, que hasta la baja del vehículo seguirá produciendo efectos. De conformidad con la resolución ejecutiva del KBA existe en el motor del tipo EA189 un dispositivo ilícito.

El comportamiento del demandado sería éticamente reprobable. El demandado se habría beneficiado de modo planificado, sistemático y durante años, por puro ánimo de lucro, del desconocimiento de los clientes y para ello habría aprovechado la confianza de los consumidores en el procedimiento de homologación ejecutado por la KBA. El uso del ilícito dispositivo habría puesto en peligro su empleo en el tráfico debido a un riesgo de limitaciones en el funcionamiento o denegación de este último. La cifra total no controvertida de vehículos afectados demostraría el carácter especialmente reprobable de la conducta, que produce efectos perjudiciales sobre el medio ambiente y que habría postergado el deseo de los particulares de proteger la ecología mediante un engaño premeditado."

La precedente reseña de documentos oficiales y resoluciones de distinta índole, que no tiene ningún ánimo exhaustivo, se dirige exclusivamente a evidenciar que, a estas alturas del llamado "escándalo dieselgate" la compañía demandada, en cuanto a los hechos enjuiciados, no puede pretender que en cada juicio se obligue al demandante a la práctica de una prueba pericial compleja, costosa y de muy difícil ejecución en torno a unos hechos que a nivel mundial ya gozan de notoriedad absoluta y general. No cabe exigir de la asociación de consumidores OCU que vuelva a someter a los vehículos con motor diésel EA 189 Euro 5 a nuevas pruebas de laboratorio y mediciones exhaustivas sobre las emisiones de partículas Nox. Es un hecho irrefutable a



estas alturas que la compañía VOLKSWAGEN desarrolló e instaló en sus vehículos diésel EA 189 Euro 5 un software capaz de detectar la realización de pruebas de homologación de emisiones y activar un modo del funcionamiento del motor que falseó durante años los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx); superando los vehículos afectados, en un modo de conducción real, muy ampliamente los límites legales permitidos. Esto no es, como se sostiene en la página 6 del escrito de contestación, el mero resultado de una "recopilación de noticias publicadas por medios generalistas, condicionadas todas ellas por un marcado sensacionalismo y basadas en datos y opiniones provenientes de Estados Unidos."

La cuestión por tanto en este procedimiento no versará sobre si ese engaño o manipulación realmente se produjo (lo que de forma palmaria debe afirmarse), sino exclusivamente si la asociación de consumidores aquí demandante, con fundamento en la normativa sobre competencia desleal, puede reclamar colectivamente de la filial española del grupo VOLKSWAGEN el resarcimiento de los daños causados a los consumidores españoles; quiénes deberían ser beneficiarios de esa compensación y en qué cuantía debería quedar fijada la misma.

Queda igualmente fuera de lo que en este procedimiento conviene enjuiciar o decidir, por ser irrelevante a los fines de resolver sobre las acciones ejercitadas por la asociación demandante, si todos los vehículos en los que se haya producido la manipulación por el software ilícito en la fase de la homologación de las emisiones posteriormente han sido reprogramados de manera eficaz, suprimiendo el software que constituyó el instrumento del ilícito alegado. Es igualmente intrascendente conocer si dichos automóviles, tras esa reprogramación, o incluso antes de ella, han experimentado en cuanto a sus prestaciones, especificaciones o consumos cualquier desviación, merma o imperfección respecto de los valores de fábrica. El presente procedimiento no versa en modo alguno sobre la existencia o inexistencia de defectos mecánicos o electrónicos en los vehículos con motores diésel EA 189 Euro 5 adquiridos por los consumidores: la parte demandante no ejercita una acción de saneamiento por vicios ocultos, ni una acción *quanti minoris*, ni tampoco puede equipararse la presente demanda a ninguna otra de índole contractual. Lo único exclusivamente relevante es si los hechos que acaban de describirse en los párrafos precedentes son o no subsumibles en las normas que regulan las prácticas desleales en la Ley 3/1991; y en caso afirmativo, si permiten o no sustentar la reclamación deducida por la asociación de consumidores promotora de esta demanda frente a la persona jurídica que a este pleito es traída como demandada y con los pronunciamientos que en el suplico de la demanda se piden.

En tal sentido, el extensísimo informe pericial que se aporta como documento núm. 3 de la demanda es absolutamente inocuo y prácticamente esta resolución prescindirá de su examen y su valoración, al venir referido a extremos como el funcionamiento de los motores diésel, las técnicas para reducir emisiones, las normativas de homologación de los vehículos de esta categoría o la eficacia de las modificaciones implementadas por el fabricante en los vehículos a través de posteriores revisiones. También es intrascendente que en reclamaciones individuales sustentadas por los propietarios de vehículos equipados con el motor diésel EA 189 Euro 5 ante otros órganos judiciales en España la demandada haya conseguido o no probar con éxito, frente a acciones de índole contractual, que los compradores de los vehículos no tienen derecho a ver resuelto el contrato o bien a obtener una compensación económica por culpa contractual. Por ello, poco relevante resulta si, como ha sostenido la parte demandada en el trámite de conclusiones, en la órbita de esas acciones individuales y demandas han sido pocos o muchos los pronunciamientos estimatorios o desestimatorios. Siendo la competencia para las acciones en materia de competencia desleal exclusivamente de los órganos de la jurisdicción mercantil, es obvio que esas demandas y reclamaciones sustanciadas ante los órganos de la jurisdicción civil tienen una naturaleza y fundamentación distinta de la presente. Ninguno de esos pronunciamientos es por tanto de mayor utilidad para dilucidar lo que aquí se reclama; y únicamente nos hemos referido a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 para apuntalar el argumento de que los hechos denunciados por la parte demandante, que son constitutivos de un escándalo mundial que goza de absoluta notoriedad, de hecho ya han sido considerados como plenamente acreditados por la Sala Primera del Tribunal Supremo; sin que sea preciso (como al parecer la parte demandada pretende, en la probable esperanza de alargar o entorpecer la resolución de este asunto), volver a reproducir aquí todas las pruebas y los aspectos técnicos concernientes a la manipulación de los vehículos y sus pormenores mecánicos. Acierta plenamente la parte demandante al afirmar, como así ha hecho en el trámite de conclusiones, que esos aspectos tecnológicos o mecánicos no son los que viene a discutir en su reclamación.

El orden en el que procederemos en los Fundamentos Jurídicos siguientes diferirá en parte del que sigue la parte demandada en su extensa y variada oposición a la demanda. Principiaremos decidiendo si la manipulación masiva de los motores diésel EA 189 Euro 5 puede o no ser calificada en los tipos de deslealtad invocados por la parte demandante (cláusula general y actos de engaño). Seguidamente, se analizará si la parte demandante y la demandada tienen respectivamente legitimación activa y pasiva para este pleito. A continuación, si hubiera de afirmarse que los ilícitos de deslealtad efectivamente existen, y que la parte



demandante puede ejercitar las acciones que aquí se deducen precisamente contra la sociedad demandada, pasaremos a discernir si los efectos de esa estimación serán o no los pedidos por la parte actora, en particular en cuanto concierne al monto indemnizatorio que debe reconocerse a los propietarios de los vehículos afectados.

#### **QUINTO.- Aplicación al caso de la deslealtad por infracción de la cláusula general ( art. 4 LCD )**

Considera en primer lugar la parte demandante que la conducta que anteriormente ha quedado acotada resultaría subsumible en la cláusula general enunciada en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal, que para la mejor lectura y comprensión de esta resolución pasamos a reproducir:

*1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:*

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

*Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.*

En su alegato en defensa de la aplicabilidad de esta norma, la parte actora destaca con acierto dos aspectos clave. El primero de ellos, es que la cláusula general constituye una norma abierta, que pretende abarcar y dar respuesta a la tipología cambiante de actos desleales que pueden surgir en el tráfico jurídico, sin sujeción a las rigideces que los distintos elementos del tipo exigidos en cada uno de los ilícitos de deslealtad que se regulan en los artículos siguientes. La citada cláusula general, como ha explicado extensamente y con acierto la S.A.P. de Madrid de fecha 3 de mayo de 2016, "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2011, de 11 de febrero sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD-, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedirlos" ( sentencias 635/2009, de 8 de octubre, y 720/2010, de 22 de noviembre. Si las conductas que la demandante describe encajan en principio -o se pretende que encajen- dentro de la descripción y de los requisitos previstos en tipicidades concretas (Arts. 11-2, 13, 14-1 y 14-2), no cabe sostener que, si se encuentra ausente alguno de los presupuestos necesarios para apreciar la comisión de tales ilícitos, pueda no obstante apreciarse que la conducta globalmente considerada es susceptible de represión a través del Art. 4 sobre la base de que mediante ella se ha conculcado de algún modo el principio de competencia por mérito de las propias prestaciones. Y ello es así porque, al contemplar y describir los tipos específicos de conducta como merecedores de reproche concurrencial, el legislador ya ha establecido cuáles son los requisitos exigibles para que pueda considerarse que cada uno de esos comportamientos particulares violenta el referido principio de competencia por mérito, de tal suerte que si falta alguno de ellos, la pretensión de incardinar la conducta en el



ámbito del Art. 4 supone incurrir en la práctica -que el Alto Tribunal proscribire- de convertir la cláusula general que el precepto contiene en un ámbito de "antijuricidad degradada".

Esta misma idea queda expuesta por la mejor doctrina (F. MARTÍNEZ SANZ, " Artículo 5. Cláusula general", en F. MARTÍNEZ SANZ, *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 64), cuando se afirma con acierto que "...la norma comentada tendría por finalidad, poder abarcar nuevas conductas no previstas en el momento de la aprobación de la Ley. La cláusula general tendría la función de no dejar fuera aquellos posibles actos que, por no haberse manifestado aún en la práctica en el momento de la redacción de la Ley, no habrían sido objeto de tipificación legislativa (así la propia Exposición de Motivos). Como se ha dicho, el artículo 5 vendría a ser una suerte de "válvula de autorregulación del sistema", que aseguraría la constante actualización de la Ley sin necesidad de proceder a modificarla (MASSAGUER, J., *La cláusula de prohibición de la competencia desleal*, cit., p. 109; EMPARANZA, A., *El boicot como acto de competencia desleal*, cit., p. 121; en la jurisprudencia, SAP Barcelona 14.11.2004, JUR 2004/222597)."

El segundo aspecto clave es la "consumerización" de la cláusula general en la subclase específica de relaciones atinentes a consumidores. Tras la reforma operada por el art. 1.4 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre se ha venido a aclarar que el estándar de enjuiciamiento de los actos del empresario o profesional conforme a esa cláusula general es la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. La mejor doctrina (A. TATO, "La nueva cláusula general de represión de la competencia desleal", en A. TATO, P. FERNÁNDEZ y C. HERRERA, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, La Ley, 2010, p. 82) aclara que las directrices marcadas por esta reformulación de la cláusula general en las relaciones con los consumidores en su referencia a las prácticas honestas del mercado de ningún modo significa que, la generalización o no de una práctica, excluya su deslealtad. Para el caso que aquí nos ocupa ello significaría, por ejemplo, que la posibilidad de que otros fabricantes de vehículos pudieran o no haber utilizado otras estrategias parecidas de engaño a los tests de emisiones en sus modelos no enervaría, en caso de ser ese empleo generalizado, la deslealtad del comportamiento del fabricante que hubiera de calificarse como deshonesto.

La parte demandada, con profusa cita de jurisprudencia ( sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 96/2014, de 26 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1110); núm. 75/2012, de 29 de febrero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:1580); núm. 500/2012, de 24 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5929); núm. 513/2010, de 23 de julio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:4209); núm. 635/2009, de 8 de octubre de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6171); o núm. 1228/2007, de 23 de noviembre de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:8202), sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 427/2017, de 27 de septiembre de 2017, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 194/2017, de 9 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APB:2017:3970, etc.) intenta desactivar la invocación la cláusula general en este caso, desplazando el ámbito de los hechos enjuiciados a la disciplina del engaño (para luego negar que este último exista).

Simplificando el razonamiento esgrimido, defiende la parte demandada que nos hallaríamos aquí ante unos actos que, como mucho, podrían ser calificados como actos de engaño; y si no lo son, no podrían ser traídos a la órbita de la cláusula general, que no tiene como función reprobar actos subsumibles en otros tipos especiales, cuando no se puede demostrar que reúnan todas las características que se precisan para afirmar esa específica deslealtad. La estrategia es incorrecta y falaz: la parte demandante denuncia dos actuaciones absolutamente diferenciadas. Por un lado, el fabricante VOLKSWAGEN manipuló el software instalado en la centralita de sus vehículos, con la finalidad de falsear los resultados en los tests de emisiones de los motores diésel EA 189 Euro 5. Esta es una conducta que propiamente no constituye ningún engaño, ni puede ser enjuiciada desde el prisma de este último. Habría habido engaño si VOLKSWAGEN hubiera aseverado públicamente que en sus centralitas no se utilizaba ningún programa o dispositivo de falseamiento de los resultados en los tests de emisiones, lo que evidentemente no ocurrió. A pesar de que la demandada no razona en esa dirección, lo cierto es que el comportamiento de VOLKSWAGEN se acercaría, más que al engaño, al ilícito de la infracción de leyes prevenido en el artículo 15 de la LCD. Dejando al margen que este último tipo no es invocado, tampoco cabría sostener que la cláusula general aquí invocada apela a una antijuricidad degradada de una conducta de infracción de normas legales, porque en realidad lo que hizo VOLKSWAGEN fue idear una estratagema para *defraudar* la normativa aplicable a las pruebas, que en este punto resultaba insuficiente y que ha determinado la revisión de los procedimientos de homologación de emisiones a nivel europeo (Reglamento (UE) 2016/646 de la Comisión, de 20 de abril de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 692/2008 en lo que concierne a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 6), Reglamento (UE) 2017/1154 de la Comisión, de 7 de junio de 2017, que modifica el Reglamento (UE) 2017/1151, que complementa el Reglamento (CE) n.º 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n.o 692/2008 y (UE) n.o 1230/2012 de la Comisión y deroga el Reglamento (CE) n.o 692/2008 de la Comisión y la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a las emisiones en condiciones reales de conducción procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 6), Reglamento (UE) 2017/1347 de la Comisión, de 13 de julio de 2017, que corrige la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 582/2011 de la Comisión y el Reglamento (UE) 2017/1151 de la Comisión, que complementa el Reglamento (CE) n.º 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n.º 692/2008 y (UE) n.º 1230/2012 de la Comisión y deroga el Reglamento (CE) n.º 692/2008, etc.).

La manipulación llevada a cabo, consistente en programar el software del vehículo, introduciendo instrucciones opacas con el único y deliberado propósito de falsear los resultados de los tests de emisiones (al detectar el propio motor que se estaban practicando las pruebas), nos parece que constituye una conducta desleal novedosa e inespecífica, claramente contraria a las reglas de la buena fe, que puede subsumirse sin dificultad en la cláusula general del artículo 4 LCD. Su tipificación como conducta contraria a la cláusula general no sólo no infringe la doctrina y jurisprudencia extensamente expuesta por la parte demandada referente a las relaciones entre el tipo general de deslealtad y los tipos especiales, sino que la respeta y confirma. Por consiguiente, todas las resoluciones que se citan por la parte demandada no sólo no resultan contrarias a lo que en esta sentencia se establece, sino que nuestra resolución se apoya en ellas precisamente para declarar la deslealtad conforme se pide.

Descendiendo a la cuestión de la especificidad de la buena fe en las relaciones con consumidores conforme a la Ley reforma operada en la Ley 3/1991 por el art. 1.4 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, consideramos que la conducta de la demandada infringe palmariamente el estándar o parámetro de enjuiciamiento que en ella se establece. Está claro que insertar conscientemente instrucciones indetectables en la centralita del ordenador de un vehículo constituye una práctica deshonesta. Y desde luego que su ocultación pudo distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio en cuanto a la decisión de elegir la oferta de VOLKSWAGEN: parece obvio que si la demandante hubiera hecho público el "truaje" (haciendo alarde, por ejemplo, de que gracias al mismo era posible superar las exigencias de la normativa reguladora de los tests de laboratorio de emisiones; suponiendo una ventaja competitiva frente a los automóviles de otros productores, al permitir mejores prestaciones en términos de velocidad, potencia o consumo, a pesar del efecto contaminante en los ciclos de conducción real), cualquier consumidor medio se habría planteado muy seriamente la decisión de compra de tales vehículos, por el evidente riesgo de que el regulador, más adelante, pudiera adoptar normas que penalizaran o incluso prohibieran vehículos altamente contaminantes que, gracias a esa estratagema, pudieran superar los tests. Por no mencionar el modo en que tal estrategia habría influido en los consumidores con un firme compromiso medioambiental, que indudablemente en la actualidad forma parte del tipo de motivaciones que de manera generalizada mueven a cualquier consumidor medio. Es procedente por tanto declarar la deslealtad de la conducta de VOLKSWAGEN por referencia al tipo recogido en la cláusula general del artículo 4 de la LCD.

#### **SEXTO.- Aplicación al caso de la deslealtad por actos de engaño ( art. 5 LCD )**

Considera a continuación la parte demandante que VOLKSWAGEN ha infringido la norma contenida en el artículo 5 de la LCD, el cual reputa desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones. d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio. f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación. g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual,



o los premios y distinciones que haya recibido. h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

A pesar de que la contestación de la demanda intenta desdibujar en este punto la línea de razonamiento de la asociación demandante, la misma puede seguirse fácilmente y simplificarse del modo que sigue: mientras la demandada estaba manipulando la centralita de sus vehículos para que superasen fraudulentamente los tests de emisiones, afirmaba vehementemente, a través de su publicidad, que su mayor preocupación era el medio ambiente. Efectivamente, en las páginas 4 a 7 de la demanda la OCU inserta publicidad de VOLKSWAGEN que sitúa en el punto central del atractivo de sus vehículos un firme compromiso por la protección del medio ambiente (con eslóganes como "THINK BLUE", "REDUCE LO QUE PUEDAS COMPENSA LO QUE NO PUEDAS", "VOLKSWAGEN SE TOMA MUY EN SERIO SU COMPROMISO DE OFRECER A SUS CLIENTES UNA MOVILIDAD SOSTENIBLE", "TDI CLEAN

DIESEL", etc.). Resulta el peor de los sarcasmos que mientras VOLKSWAGEN proclamaba esos principios, estuviera manipulando el software de sus vehículos para "engañar" a los tests de emisiones, ocultando los niveles reales de gases en conducción real y en particular de partículas de óxido de nitrógeno.

La conducta de VOLKSWAGEN se concluye que es desleal por engañosa, aplicando el propio test de deslealtad que la parte demandada reproduce en la página 123 del escrito de contestación:

a) Se comunica información falsa o engañosa (se publicita que la principal preocupación es la protección del medio ambiente, mientras están comercializando vehículos altamente contaminantes, sin que ello pueda ser detectado por las pruebas de homologación, debido a la manipulación del software instalado en la centralita de los automóviles);

b) La información engañosa podría incardinarse en varios de los apartados del artículo 5: en primer lugar, afecta a los aspectos aludidos por el apartado b) ("las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio."). La incidencia del engaño sobre "los resultados y características de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio" resulta también más que evidente, y no puede sortearse con la interpretación reduccionista que hace la parte demandada. Efectivamente, no es defendible que el engaño sólo existiría si VOLKSWAGEN hubiera difundido resultados de tests de emisiones distintos de los que las pruebas realmente hubieran arrojado. Contrariamente a esta tesis, consideramos que existe engaño cuando VOLKSWAGEN publicita un compromiso firme e irrenunciable con el medio ambiente y al mismo tiempo manipula la centralita de sus vehículos para falsear los resultados de los tests de emisiones, a sabiendas de que darían cifras mucho más contaminantes en ciclos de conducción real;

c) Por último, la información falsa o engañosa es susceptible de alterar el comportamiento económico del destinatario de la información: efectivamente, cuando la estrategia desleal de VOLKSWAGEN fue desplegada, se había extendido en los consumidores medios la profunda convicción de que el empleo de motores de combustión con altas emisiones de óxidos de nitrógeno podía acarrear graves perjuicios al medio ambiente y la salud humana (inflamación de las vías aéreas, afecciones de órganos, como hígado o bazo, o de sistemas, como el sistema circulatorio o el inmunitario, que propician a su vez infecciones pulmonares e insuficiencias respiratorias, acidificación y eutrofización de ecosistemas, afecciones metabólicas, limitación del crecimiento vegetal, etc.). Por consiguiente, de haber conocido los consumidores que los bajos niveles de emisiones de esas partículas en los vehículos con motor diésel EA 189 Euro 5 obedecían a un simple "trucaje" a efectos de superar los tests de homologación y que, en conducción real, los niveles de emisiones eran mucho más altos y dañinos, es obvio que habrían podido orientar sus decisiones de compra en otra dirección. Incluso, el simple conocimiento del disimulo, engaño u ocultación podría haber postergado la elección de los vehículos con un nivel de emisiones bajo pero falseado, frente a otros en que los resultados de las pruebas al menos hubieran sido transparentes y veraces.

La parte demandada vuelve otra vez a defender interpretaciones reduccionistas del engaño, apelando a resoluciones recaídas en reclamaciones individuales de compradores de vehículos VOLKSWAGEN, en las que no se llega a poder estimar la pretensión de que ha existido un engaño-vicio del consentimiento, susceptible de tener efectos anulatorios del contrato. El argumento nuevamente no puede conducir a los resultados que la demandada pretende: este no es un procedimiento de nulidad contractual ni es preciso demostrar que la demandante proporcionó a los compradores información esencial falsa sobre lo que constituye un elemento esencial del contrato. Basta con que VOLKSWAGEN haya publicitado un "postizo" compromiso con la protección del medio ambiente, que no se compadezca con la manipulación del software instalado en sus



vehículos para "evadir" los tests de emisiones. Parece obvio que si los compradores hubieran conocido la verdad, ello podría haber incidido de modo decisivo en la toma de su decisión de compra. Incluso aunque, a pesar de todo, los vehículos de VOLKSWAGEN mantengan todas las prestaciones aseguradas en sus especificaciones técnicas; e independientemente de que, a pesar de la operativa, los vehículos sigan siendo menos contaminantes que otros equiparables. El fraude a los tests de emisiones no es algo que un consumidor medio pueda tomar hoy en día a la ligera. Concorre por tanto también en la conducta descrita de VOLKSWAGEN una infracción de lo preceptuado en el artículo 5 de la LCD, por lo que procede igualmente declarar la deslealtad de la práctica por este segundo motivo.

#### **SEPTIMO.- Legitimación pasiva ( art. 34 LCD )**

Pasaremos a analizar seguidamente la cuestión de la legitimación de las partes, que la parte demandada también controvierte, tanto en lo que se refiere a la legitimación pasiva como en lo que concierne a la legitimación activa. En cuanto a la legitimación pasiva, la parte demandada se presenta como una simple e inofensiva empresa dedicada a la importación y comercialización de vehículos, que nada tiene que ver con los "amaños" que puedan haberse hecho en fase de fabricación en su centralita y emisiones. Sin embargo, consciente de que el artículo 34 LCD atribuye legitimación pasiva de una forma amplia a "cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización", se afana en defender que no conoció ni pudo conocer la actuación ilícita que para la demandante motiva esta reclamación, por lo que no puede atribírsele ninguna responsabilidad.

No se comparten los argumentos de la parte demandada. Los actos de manipulación desleal de los vehículos y el engaño en cuanto al compromiso con el medio ambiente es evidente que no se ejecutan con otra finalidad que la de obtener el lucro que se genera con la venta de los automóviles a los clientes de VOLKSWAGEN. La empresa VOLKSWAGEN se organiza como un grupo multinacional, y dispone de sociedades locales dedicadas a esa comercialización y venta, como la sociedad aquí demandada, que según el propio informe pericial de Deloitte que acompaña como documento núm. 2 asume en España la "i) importación y distribución de vehículos nuevos de los Fabricantes, ii) importación y distribución de recambios originales de los Fabricantes, iii) gestión de la Red de Concesionarios, iv) coordinación de la Red Postventa, y v) canalización de la estrategia de marketing de los Fabricantes." Es evidente que para poder distribuir los vehículos manipulados entre los destinatarios finales en España, el fabricante VOLKSWAGEN AG debe utilizar necesariamente una red de distribución y esa es la labor que asume precisamente la sociedad demandada. Su cooperación por tanto es decisiva en la consumación de la deslealtad que se ejecuta "aguas arriba" en la fase de fabricación y publicitación de los vehículos. Resulta indiferente a estos efectos el hecho de que la demandada tenga o no personalidad jurídica propia y no pueda calificarse como una "sucursal" de la sociedad alemana VOLKSWAGEN AG.

Para el ámbito de la competencia desleal, precisamente el artículo 34 de la Ley 3/1991 atribuye no sólo legitimación pasiva a las personas que hayan realizado u ordenado la conducta desleal, sino también a los que hayan cooperado a su realización: en este caso, la decisiva colaboración que presta la sociedad demandada es la distribución y venta de los vehículos en los que se produjo la manipulación ilícita. En la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de 30 de diciembre de 2009 quedó establecido, por ejemplo, que el artículo 20 de la LCD (actualmente art. 34) permitía dirigir la demanda frente a un medio de comunicación (la editora de una revista) en la que se difundía publicidad ilícita, a pesar de que la revista evidentemente nada tenía que ver con la creación de la campaña publicitaria, ni menos aún con la producción de los bienes o servicios a los que se refería la misma. Con mayor razón cabe calificar como cooperador necesario a la sociedad perteneciente al grupo y distribuidora de los automóviles en los que se materializa la conducta desleal; máxime cuando dicha sociedad tiene tal nivel de acceso y conocimiento sobre el funcionamiento de la mecánica y centralita de los vehículos, que precisamente es la que ha asumido la implementación de las medidas de subsanación de la manipulación, según admite la parte demandada y resulta de las propias pruebas y documentación que aporta.

Llegados a este punto, consideramos que la atribución a la parte demandada de la condición de cooperador necesario no precisa de mayor sustento con base exclusivamente en la Ley de Competencia Desleal. Cabría en todo caso apuntalar más la responsabilidad de la demandada con dos argumentos adicionales:

a) La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020: ya hemos expuesto anteriormente que esta resolución versa sobre la responsabilidad contractual del fabricante de un automóvil por la misma manipulación que da pie a esta demanda colectiva, no sobre la responsabilidad por prácticas desleales frente a una colectividad de adquirentes. En dicha resolución, el Alto Tribunal argumenta que las particularidades que presenta la contratación en el sector del automóvil justifica "limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor



a dicha marca, su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil, y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación." Si para una reclamación de índole exclusivamente contractual se puede traer al pleito quien, formando parte de la estructura de fabricación y distribución del vehículo, no fue parte del contrato de compraventa, superando la sacrosanta regla de la relatividad contractual, *a fortiori* en procedimientos de competencia desleal de naturaleza extracontractual, en que se permite dirigir la demanda contra el mero cooperador, debe admitirse la posibilidad de atribuir legitimación pasiva a la distribuidora de los automóviles, aplicando la misma regla hermenéutica proclive a ampliar las posibilidades de demandar en razón de la especificidad del sector.

b) Las resoluciones judiciales que, para otro tipo de responsabilidad extracontractual próxima (las reclamaciones entre privados derivadas de la infracción de las normas de defensa de la competencia), vienen permitiendo la posibilidad de demandar a la sociedad filial del cártel encargada de la venta y distribución de un vehículo, sin haber participado ni supuestamente conocido las prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por la matriz. Es inevitable en este sentido referirnos a las Sentencias dictadas por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia en fecha 20 de febrero de 2019 o 7 de mayo de 2019 donde se invoca el principio de unidad económica para responsabilizar a filiales "cuando la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta". La cuestión no se halla a día de hoy definitivamente resuelta, toda vez que la Sección 15ª Especializada Mercantil de la A.P. de Barcelona ha planteado por medio de un Auto de 24 de octubre de 2019 una cuestión prejudicial al TJUE al objeto de clarificar si "la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal Europeo la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extender la responsabilidad de las filiales a la matriz"; sin embargo, debe advertirse que la necesidad de esa cuestión y las dudas en torno a la extensión de la legitimación emanan de la inexistencia de una norma legal expresa, cosa que en el presente caso no sucede, pues la proporciona el artículo 34 de la LCD. La mejor doctrina que ha estudiado la situación en este sector legal emparentado (F. MARCOS, "Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones", publicado en *Almacén de Derecho*, publicación digital de 10 de noviembre de 2019), ha defendido sobre la cuestión que "la exigencia de participación de la filial en la infracción no estaría justificada, "para ese viaje nos sobrarían las alforjas", y no deberían requerirse otras condiciones adicionales (utilización de filial como instrumento de comercialización, obtención de aprovechamiento de la infracción por la filial), por más que frecuentemente vayan a estar presentes (en este caso, por ejemplo, los camiones cartelizados se habían comercializado por los fabricantes a través de la filial española). Si se considera que filial y matriz son la misma empresa a los efectos de la aplicación (pública y privada) de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, el efecto útil de la prohibición y el principio de efectividad deberían excluir la necesidad de indagar en la manera como se organiza internamente esa empresa y cómo operó o se vio afectada dicha organización en la conducta infractora concreta. En mi opinión, la clave radica en la "unidad económica" y la exigencia de requisitos adicionales -como el conocimiento de la infracción o aprovechamiento por la filial- debilitarían esa "unidad económica" (se extiende aquí una idea tomada de los párrafos 225 y 226 de STGUE de 12/12/18). En el fondo, el control que la matriz tiene de la filial hace ilusoria y artificial cualquier consideración autónoma del comportamiento de ésta última, y podría facilitar las estrategias de los grupos de sociedades para eludir sus responsabilidades (sean sancionadoras o civiles)."

Cuestión distinta es que VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. no lleve a cabo, conforme al mismo informe de DELOITTE, ninguna labor de distribución de vehículos que no sean «VOLKSWAGEN», «VOLKSWAGEN VEHÍCULOS COMERCIALES», «AUDI» y «?KODA», por lo cual la legitimación pasiva de la distribuidora sólo la puede tener (y en este concreto punto le asiste la razón) en relación con vehículos de esas marcas. El Juzgador deberá partir, para depurar la legitimación correcta que la demandada debe soportar, exclusivamente del informe DELOITTE que se acompaña como documento núm. 2 de la contestación, en la medida en que la parte actora no efectúa ningún tipo de clasificación o catalogación de los vehículos afectados en función de su marca y distribución por la demandada. Esto reduce la cifra de vehículos que pueden quedar comprendidos en la presente reclamación para los que VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. desde los SIETE MIL

QUINIENTOS CUARENTA Y DOS VEHÍCULOS (7.542) que se incluyen en los Anexos aportados por la demandante hasta los CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (5.444). Deben quedar fuera de la presente reclamación por falta de legitimación pasiva de la demandada, las siguientes categorías de vehículos:

a) Los vehículos de marcas no distribuidas por VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. (1948 vehículos: documento Anexo 6 al informe pericial de Deloitte, automóviles Seat, Porsche, Peugeot, etc.);



- b) Los vehículos no importados por VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. (117 vehículos: documento Anexo 7 al informe pericial de Deloitte, se explica en la página 26 del informe en qué modo se ha comprobado que dichos vehículos no han sido importados ni distribuidos por la demandada);
- c) Los vehículos no involucrados en la EA 189 (32 vehículos: documento Anexo 9 al informe pericial de Deloitte, se explica en la página 26 del informe en qué modo se ha comprobado que dichos vehículos no están afectados por la incidencia en los motores EA 189).
- d) Los vehículos con el número de bastidor repetido (1 vehículo: apartado 7 f) del informe pericial de Deloitte).

Para mayor claridad, la única exclusión que no es posible acoger es la que se refiere a vehículos supuestamente de uso comercial, toda vez que no se aporta ninguna prueba que fehacientemente acredite que los adquirentes de los automóviles actuaron en el momento de la compra con un propósito propio al desempeño de una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Esa conclusión no puede extraerse simplemente del modelo de vehículo o de sus prestaciones. Seguimos así la doctrina sentada por la Sentencia de la Sección 28ª Especializada mercantil de la A.P. de Madrid de fecha 29 de mayo de 2020, donde tras sentarse el principio de que el consumidor demandante es quien debe acreditar su condición, se fija como excepción la aplicación del principio de normalidad en el tráfico jurídico, conforme al cual debe ser acreditado aquello que supone la excepción a la regla (en el presente caso, la exclusión de las personas que figuran en una lista de miles de propietarios de vehículos: la interpretación contraria exigiría la prueba de los propósitos de compra de la totalidad del listado):

*Este tribunal viene sosteniendo que ya que se trata de un hecho constitutivo de la pretensión de la parte actora, la prueba de los hechos que debe permitir la atribución de la condición de consumidor debe seguir la regla general prevista en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por lo que, en principio, su acreditación corresponde al demandante que pretende cobijarse en esa circunstancia. Otra cosa es que este principio pueda modalizarse en función del principio de normalidad (con arreglo al cual aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas o del proceder humano, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos) según las peculiaridades de cada caso concreto (tal como señalamos en las sentencias de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid números 551/2019, de 22 de noviembre, 421/2017 de 26 de septiembre, 474/2017 de 26 de octubre y 439/2018, de 20 de julio, entre otras muchas).*

Habida cuenta de que los listados de vehículos excluidos figuran unidos a las actuaciones, no se considera preciso insertar en esta misma resolución la referencia individualizada de los automóviles respecto de los cuales no puede prosperar, por falta de legitimación pasiva, la presente reclamación. Dado que en los listados figuran los datos de matriculación, bastidor y DNI de los propietarios, si existiera cualquier duda al respecto se resolverá mediante la oportuna aclaración de esta sentencia y en un auto aparte que permita adoptar las medidas correspondientes respecto de la privacidad de los datos ( art. 138 LEC).

#### **SÉPTIMO.- Legitimación activa ( art. 33 LCD y 10-11 LEC )**

La parte demandante funda su legitimación para el ejercicio de la presente acción en los artículos 10, 11.1 y 11.3 de la LEC, así como en los artículos 4 y 54.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por los que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias y el artículo 33.1 y 33.3.b) de la Ley de Competencia Desleal. Las normas citadas sustentan de modo correcto y suficiente la legitimación de la asociación de consumidores demandante. No se cuestiona que la OCU reúna los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que tiene sin más legitimación activa legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios (acciones declarativa, de cesación, de remoción y de indemnización). Sin embargo, el artículo 33.1 de la LCD también atribuye legitimación activa a "los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". Siguiendo

esa remisión, se atribuiría también legitimación activa, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. En el presente caso, los consumidores y usuarios afectados son perfectamente determinables, pues el perjuicio sufrido deriva de la adquisición de un vehículo afectado por las prácticas de manipulación desleal y engañosa.

La sociedad demandada controvierte la legitimación activa de la asociación de consumidores demandante con relación a una parte pequeña de los titulares incluidos en la reclamación (177 sobre 7542). Considera que



deben excluirse la reclamación de vehículos de asociados a la OCU en que el automóvil no se destina a un fin privado (49 propietarios), propietarios de vehículos no asociados a la OCU (127), así como el particular supuesto de duplicidad en el número de asociado de la OCU. Este cribado, a diferencia del anterior que hemos efectuado en sede de legitimación activa, no puede prosperar. En cuanto a los vehículos que supuestamente no se destinan a fines privados, la demandada no aporta ninguna prueba de cuáles son los fines profesionales o empresariales a las que se destinan los vehículos que quiere excluir, por lo que nos remitimos a lo apuntado en la última parte del Fundamento Jurídico precedente. En cuanto a la duplicidad el número de asociado a la OCU, no existe ninguna norma que obligue a los asociados cuyos intereses defiende la entidad demandante a disponer de números de asociación distintos. Es dable pensar que varios asociados compartan un mismo número, o incluso, en una reclamación que aglutina los daños causados a más de siete mil propietarios de vehículos, es posible pensar que se haya producido un error material en la consignación en los listados del número de asociado. Para los restantes cuya exclusión se pide, la entidad demandante aporta los datos y DNI de todos los propietarios con el número de bastidor de los coches implicados, por los que eso es suficiente para entender correctamente fundada la legitimación activa.

En las páginas 198 y ss de la contestación a la demanda, la sociedad demandada controvierte también la legitimación activa de la OCU para el ejercicio de la acción subsidiaria de enriquecimiento injusto que se deduce. En la medida en que va a estimarse la pretensión principal de ese pedimento subsidiario (la acción de resarcimiento), entendemos que no es preciso en esta resolución dar expresa respuesta a esa impugnación.

### **OCTAVO.- Prescripción**

La parte demandada dedica una considerable extensión de su escrito de contestación a defender que las acciones que se ejercitan en la presente reclamación estarían prescritas. La norma que rige la prescripción para las acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal se halla recogida en el artículo 35: "Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta." El segundo párrafo del precepto incluye sin embargo una singularidad en el caso de las asociaciones de consumidores: "La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias."

No hace falta comenzar diciendo que cualquier disputa en que se plantee como defensa la prescripción de la acción, se impone una interpretación restrictiva de esta institución, por los motivos que resumida y acertadamente expone, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020:

*Es necesario destacar, como punto de partida, el carácter excepcional y restrictivo que tiene la prescripción de acciones, como de forma reiterada viene destacando esta Sala, al señalar que es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva ( SSTS 877/2005, de 2 de noviembre ; 134/2012, de 27 de febrero ; 623/2016, de 20 de octubre ; 708/2016, de 25 de noviembre , 721/2016, de 5 de diciembre y 326/2019, de 6 de junio entre otras muchas).*

*En este sentido, señalan las SSTS 623/2016, de 20 de octubre y 721/2016, de 5 de diciembre , que:*

*"Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejujada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio )."*

Estas reglas, en segundo lugar, en un caso como el presente, precisan ser adicionalmente interpretadas del modo más flexible y permisivo, considerando el hecho de que no es la tutela de un único demandante la que se ve afectada, sino la de más de siete mil consumidores, cuyos intereses defiende la asociación demandante. Como última cuestión previa, es preciso significar que nos hallamos ante un supuesto de infracción continuada. Según inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este tipo de supuestos el plazo de prescripción previsto por la Ley de Competencia Desleal no comienza a correr hasta que no cesa por completo la conducta ilícita (entre otras muchas, Sentencias de la Sala Primera de 18 de enero y 18 de mayo de 2010).

En el caso enjuiciado, la única certeza de la que disponemos es que el 23 de septiembre de 2015 el Presidente de VOLKSWAGEN hizo pública una declaración reconociendo las irregularidades y asumiendo



la responsabilidad de la empresa. En fecha 24 de septiembre de 2015 VOLKSWAGEN dio a conocer otro comunicado a nivel internacional en el que declaraba "estar trabajando con la máxima urgencia en esclarecer las irregularidades detectadas en relación al uso de un software utilizado en los motores diesel de algunos de nuestros vehículos." Sin embargo en esa misma declaración se apostillaba "En estos momentos *no podemos precisar qué modelos se ven afectados así como tampoco los datos sobre el año de fabricación*. En este sentido, les rogamos su comprensión. Les informaremos al respecto *tan pronto como sea posible*." Es decir, en la fecha que la demandada pretende que se tome como *dies a quo*, ni siquiera la propia demandada conocía cuál era el alcance del fraude ni cuándo podría proporcionar información definitiva y fiable sobre el mismo.

A pesar de que la demandada manifiesta que los propietarios de los vehículos han recibido una comunicación de VOLKSWAGEN con tal objeto, no hay ningún hecho posterior (o al menos, tal hecho no ha sido traído al conocimiento de este órgano judicial) en el que de una manera diáfana se produzca una delimitación clara del alcance de la irregularidad, de sus concretos autores y de todos los responsables involucrados. Sin embargo, cabe ir todavía más allá: el Juzgador no tiene ni siquiera una prueba fehaciente de que la conducta ilícita, inequívocamente reconocida, haya cesado por completo. Si así lo declarase esta resolución, tendría que asumir una conjetura o suposición, lo que es claramente incompatible con el artículo 217 LEC, que impide al órgano judicial estimar las pretensiones del demandante o demandado cuando se funden en hechos dudosos o inciertos. Sólo por esta circunstancia, no es posible considerar que el plazo de prescripción haya extinguido la acción. A criterio de este Juzgador es altamente dudoso que hayan dado los presupuestos que claramente permitirían fijar el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción en una fecha anterior en más de un año a la fecha de la interposición de la demanda. Por tanto, incluso aceptando que la tesis de que no se habría producido ninguna interrupción de la prescripción, no es posible concluir que las acciones ejercitadas estarían prescritas.

Ahora bien, incluso asumiendo *quod non* que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción pudiera ser el 23 de septiembre de 2015, en fecha 15 de junio de 2017 en que se interpone la demanda seguirían las acciones sin estar prescritas. En el escaso tiempo de un año y ocho meses transcurridos entre esa fecha y la iniciación del pleito, la OCU agotó de forma correcta y de buena fe todas las posibilidades de arreglo extrajudicial de la contienda, acudiendo primeramente a conciliación (en fecha 19 de julio de 2016) ante el Juzgado Mercantil núm. 8 de Madrid y posteriormente a una mediación (documentos números 13 y 14 de la demanda) ante la firma NEUTRALES-JAMS INTERNATIONAL el 24 de noviembre de 2016. La parte demandada se afana en defender que la solicitud de mediación no interrumpe los plazos de prescripción, sino que sólo los suspende, invocando el artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, se silencia la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que viene a establecer que la demanda de conciliación sí determina la interrupción de la prescripción, como así resulta de las Sentencias de 5 de febrero de 2018, 7 de noviembre de 2000, 9 de julio de 2003 y 12 de junio de 2007. Dice en particular la primera de esas resoluciones lo siguiente:

*Efectivamente las sentencias citadas coinciden en señalar el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación como el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo -en su caso- a partir del momento de celebración de dicho acto. Resulta así porque la solicitud de conciliación equivale a estos efectos al ejercicio de la acción ante los tribunales ( artículo 1973 CC ). La sentencia de esta sala núm. 1003/2002, de 28 octubre , mantiene la eficacia interruptiva respecto de «cualquier interpelación judicial». No cabe deferir dicha eficacia en estos casos al momento en que la parte demandada de conciliación conoce la presentación de la solicitud, como no cabe hacerlo si se trata de la propia presentación de la demanda. La naturaleza de la prescripción de acciones, en cuanto implica una*

*presunción de abandono del derecho por aquél a quien corresponde su ejercicio, no se compadecería con la exigencia del exacto conocimiento por el demandado cuando se trata de una actuación ante los tribunales, pues quien reclama es ajeno a la mayor o menor celeridad en la comunicación judicial al demandado.*

Por consiguiente en el mejor de los casos, la primera demanda de conciliación tuvo eficacia interruptiva de la prescripción antes de que hubiera expirado el plazo de un año a contar desde septiembre de 2015. Comoquiera que la interrupción reinicia el cómputo del plazo, es obvio que en junio de 2017 no había transcurrido otro año. Pero es que además, ese segundo plazo que se reinició estaba suspendido por la mediación posterior iniciada, así es que en ninguno de los escenarios posibles, cabe hablar de prescripción de la acción.

#### **NOVENO.- Procedencia de la estimación de las acciones declarativa, de cesación y de remoción**

La subsunción de los hechos en que basa su demanda la OCU en los tipos de deslealtad previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley de Competencia Desleal, conforme ha quedado demostrado en los artículos precedentes, conlleva la automática e inevitable estimación de la acción declarativa de la deslealtad, que es un presupuesto lógico de las restantes. El art. 1.11 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre suprimió, al referirse



a esta acción el artículo 32.1.1ª de la LCD, la anterior exigencia recogida en el artículo 18 de la LCD en su redacción original, de que la perturbación todavía persista, por lo que nos parece innecesario pronunciarnos en torno a ese particular.

En cuanto concierne a la acción de cesación, el artículo 32.1.2ª de la Ley de Competencia Desleal contempla tres posibles pedimentos de forma diferenciada: el de inhibición de una conducta que subsiste en el tiempo, el de prohibición de reiteración si la misma hubiera cesado, así como la prohibición de la ejecución de actos desleales que fuera calificada como inminente. La parte demandada argumenta en su escrito de contestación, resumidamente, la improcedencia de la estimación en el presente caso de la acción de cesación, basándose en que la misma únicamente puede dirigirse contra conductas que probadamente persistan, lo que afirma no se produce en el presente caso (en que las prácticas desleales habrían finalizado hace años). No se comparte ninguna de las dos tesis en que se basa la oposición a la demanda. En primer lugar, como ya hemos indicado, en el apartado 2º del artículo 32.1 LCD y bajo una referencia común a la reacción legal frente a los actos de competencia desleal, se emplea la expresión "acción de cesación" para englobar cualquiera de las tres modalidades de tutela jurídica que han sido apuntadas. Por consiguiente, si los actos desleales ya han cesado, pero pueden volver a cometerse; o bien todavía no se han producido, pero son inminentes, cabría el ejercicio de la acción de cesación, por lo menos en dos de sus modalidades. La parte actora en el suplico de su demanda parece aludir de forma alternativa a las dos posibilidades de cesación, consistentes en la inhibición de la conducta desleal o la prohibición de su reiteración futura. El Juzgador considera que en el presente caso procede estimar la pretensión deducida exactamente en los términos que viene formulada. Ciertamente se ha producido un reconocimiento público de VOLKSWAGEN de las prácticas ilícitas que son objeto de esta demanda y es también notorio que ha habido una serie de actuaciones encaminadas a subsanar la irregularidad en el software de los vehículos afectados. Sin embargo, no es posible tener, a la vista de las pruebas obrantes en el expediente, ninguna certeza absoluta de que la demandada haya cesado por completo en las prácticas ilícitas que motivaron este procedimiento; ni es posible tampoco tener una certeza absoluta de que las mismas no se reiterarán en el futuro.

En el informe pericial que se acompaña como documento núm. 3 a la contestación a la demanda se describe la presentación por parte de VOLKSWAGEN de un plan de actuación ante las autoridades alemanas responsables (BMVI y KBA), englobadas con la expresión "Field Fix", que básicamente incluyen diversas modificaciones del software de los vehículos, incluyendo la deshabilitación del algoritmo de función "acústica" (detección por el sonido de que se están practicando las pruebas), la modificación del patrón de inyección, el incremento de la presión de inyección máxima y la optimización de los parámetros de regulación, la reducción de la dispersión de la masa de combustible inyectada entre cilindros, etc. El informe valora positivamente la totalidad de esas medidas, pero deja sin aclarar un aspecto trascendental y es la efectiva aplicación de las mismas y la fehaciente desaparición en todas las centralitas de todos los vehículos con motor diésel fabricados por VOLKSWAGEN de cualquier estratagema o dispositivo semejante.

No se trata de condenar al grupo VOLKSWAGEN a una sospecha permanente y presunción de culpabilidad respecto de la presente o futura manipulación de las centralitas electrónicas de sus automóviles; pero empleando el mismo celo que la demandada ha dedicado a negar la ilicitud de las prácticas y a oponerse a su compensación económica, se habrían podido aportar pruebas más contundentes respecto de la absoluta desaparición en las centralitas de los vehículos de todas las manipulaciones que justifican la declaración de deslealtad; así como la absoluta imposibilidad técnica de que puedan volver a reinstalarse en el futuro. En la medida en que esos hechos siguen siendo dudosos e inciertos, se concluye que es procedente ordenar a la demandada el cese de las conductas ilícitas y la prohibición de cesación en el futuro (que obviamente, imponiéndose una condena por cooperación, deberá entenderse referida exclusivamente al tipo de participación en la conducta ilícita que en esta resolución se le atribuye).

Por lo que se refiere a la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, que se ejercita por la parte actora con fundamento en el artículo 34.3 LCD, se centra en pedir que sea eliminado el software de la centralita del vehículo que permitió evadir los controles de emisiones, reponiendo a los vehículos afectados a su estado original. La pretensión deducida es coherente con el alcance y contenido de esta acción, que tiene por objeto eliminar los efectos producidos por el comportamiento desleal y restituir la situación al estado en que se encontraba con anterioridad a la realización de los actos desleales. La remoción en el presente caso no puede concretarse sin embargo, como sostiene la actora, en una obligación de nueva revisión de todos los vehículos. Es obvio que la parte actora ya ha sometido a revisión un número importante de los vehículos incluidos en la demanda. Por otra parte, imponer a la demandada la obligación de revisar todos los vehículos y en un plazo determinado implicaría la colaboración de los titulares de los vehículos afectados, que en ese exiguo plazo de tiempo deberían soportar la molestia de alterar sus planes con la finalidad de someter precipitadamente el vehículo a la revisión. Sin embargo, estos argumentos no privan de sentido a la acción de remoción: pues algunos propietarios de vehículos no han sometido su vehículo a la revisión hasta la fecha



(especulando quizás con la posibilidad de que, al desaparecer la manipulación, se perdieran las opciones de reclamar por esa actuación ilícita); en tanto que otros no habrán tenido la oportunidad de superarla bajo las condiciones y en los plazos que le hayan venido fijados por el servicio técnico de VOLKSWAGEN-AUDI. Por ello, el Juzgador entiende que la mejor forma de concretar la pretensión de remoción es someter a la demandada a la obligación de suprimir de la centralita de todos los vehículos afectados sin sujeción a plazo y sin coste alguno el software que hubiera servido para el engaño que da pie a la presente demanda. Con ello, se le priva a la demandada de la posibilidad de alegar, en cualquier tiempo, que ya concluyó en relación con los vehículos afectados la campaña para la revisión gratuita necesaria para llevar a cabo esa remoción; y se garantiza que, además, en cualquier tiempo esa supresión deberá llevarse a cabo por la demandada sin coste de ningún tipo para el propietario del vehículo.

#### **DÉCIMO.- Acción indemnizatoria**

Pasando ya a la acción indemnizatoria, es evidentemente el punto clave del presente asunto y el que indudablemente concentra la mayor utilidad práctica de la presente reclamación. La parte demandada se opone a la reclamación fundamentalmente desde una doble perspectiva: a) por un lado se niega la posibilidad en Derecho español de ejercicio colectivo de acciones resarcitorias a través de una asociación de consumidores y usuarios, en el modo que aquí se plantea; b) por otro lado, se niega la existencia de cualquier perjuicio para los propietarios de los vehículos afectados que pueda ser resarcido a través de la presente reclamación. No se comparte ninguna de las dos tesis, por los motivos que seguidamente pasamos a exponer.

En cuanto concierne a la primera, la demandada se enfrasca en un análisis teórico cuyo objetivo parece ser deshacer la confusión generada entre la defensa por una asociación de consumidores de los intereses colectivos y difusos, de aquellos otros casos en que actúa en defensa de intereses individuales homogéneos. El primero de los casos hallaría encaje legal en el apartado 3 del artículo 33 de la LCD, donde exclusivamente se mencionan los cuatro primeros puntos del artículo 32.1, excluyendo de forma evidente de ese ejercicio colectivo las acciones indemnizatoria y de enriquecimiento injusto. Ahora bien, la propia Ley de Competencia Desleal, en el primer apartado del artículo 33, como ya se ha expuesto en la parte de esta resolución dedicada a la legitimación, se refiere a la posibilidad de ejercicio de la acción resarcitoria por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios al decir que "la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". El artículo 11.2 de la LEC dispone simplemente que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (cosa que aquí acontece), la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. La concatenación de ambos preceptos deja claro que una asociación de consumidores puede ejercer acciones resarcitorias cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios pertenecientes a la asociación cuyos componentes estén perfectamente determinados. No existe la menor duda de que así es y de hecho la propia contestación cita testimonios doctrinales que igualmente lo confirman. Así por ejemplo, C. HERRERA, en A. TATO (dir), *op. cit.* pág. 436

*Lo anterior no es óbice para que, por medio de las asociaciones o corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, que pretenden la indemnización de los daños y perjuicios o la restitución del enriquecimiento indebido que han padecido sus miembros individualmente considerados como consecuencia de un acto de competencia desleal. En tal caso, sin embargo, la entidad opera ante los tribunales en su calidad de representante del individuo o individuos concernidos, como un supuesto normal de representación voluntaria, siendo la acción de naturaleza individual y no colectiva, por más que se represente hipotéticamente a una pluralidad de sujetos en razón de una acumulación de acciones (o, incluso, aunque es más improbable, de procesos), opción perfectamente admisible.*

En el presente caso, parece obvio que la demandante actúa para obtener, justamente como queda expuesto en la anterior cita doctrinal, el resarcimiento del daño causado a sus asociados por una conducta desleal. La demandante no confunde en ningún momento su legitimación para acciones colectivas en defensa de intereses colectivos o difusos (que sustenta los pedimentos de alcance general que se incluyen en los apartados 1 a 3 del suplico en ejercicio de las acciones declarativa, de cesación y de remoción), y la legitimación específica para la tutela colectiva de los perjuicios causados a sus asociados, donde de forma absolutamente correcta se pide el "resarcimiento por los daños y perjuicios a los usuarios afectados asociados a la OCU...". Existiría extralimitación si la OCU hubiera pretendido que la demandada indemnizara a todos los propietarios de vehículos con motor diésel EA 189 en España, pero no es así: en la demanda exclusivamente se pide una compensación para los asociados a la OCU damnificados por la conducta desleal y perfectamente identificados. Cuando en la contestación a la demanda se acepta lo siguiente:



*Todo lo anterior no significa que una asociación de consumidores carezca de legitimación activa para promover acciones indemnizatorias con base en la LCD. Sin embargo, esa legitimación activa tiene una naturaleza del todo distinta a la propia de las acciones no pecuniarias: en el caso de las acciones indemnizatorias, una asociación de consumidores como la OCU no las ejercita en defensa de un interés supraindividual, sino en representación y defensa de los intereses individuales acumulados de los distintos asociados a los que representa.*

no se acierta a comprender de dónde se extrae o concluye la falta de legitimación activa de la asociación demandante, cuyos presupuestos y límites justamente en la demanda se observan y respetan. Todo lo desarrollado en este apartado al final se revela como una disquisición teórica en bucle o circular, porque al final lo que parece sostenerse es que la entidad demandante sí tendría legitimación activa, pero habría incurrido en una suerte de defecto legal en el modo de proponer la demanda, porque no puede pretender una indemnización homogénea para todos los asociados afectados, sino que debería, uno por uno, acreditar debidamente los tres requisitos exigibles para el éxito de una acción por culpa aquiliana ordinaria (daño, culpa y relación de causalidad). Al menos eso es lo que parece desprenderse del siguiente fragmento de la pág. 158 del escrito de contestación:

*Debido a la naturaleza claramente individual de la acción indemnizatoria ejercitada (o, como decíamos y más bien, de las 7.543 acciones indemnizatorias promovidas), la OCU debería de haber articulado de forma individualizada sus pretensiones y, en este sentido, acreditar la concurrencia de los elementos de responsabilidad necesarios y el pretendido daño sufrido para cada uno de los asociados que asegura representar*

La cuestión sin embargo se nos antoja más simple. En supuestos de actos dañosos o lesivos, es posible que una pluralidad de personas sufra un perjuicio homogéneo. La situación no es desconocida en el mundo del Derecho ni supone ningún anatema, pues no son pocas las normas legales y convencionales que estandarizan indemnizaciones derivadas de actos lesivos cuando los afectados se encuentran en la misma posición y sufren un daño análogo en su esfera de intereses, sin necesidad de consideración de circunstancias individualizadas (así por ejemplo, en el Reglamento (CE) núm. 2027/1997, del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por Reglamento (CE) n° 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente). La existencia de una baremación para la responsabilidad derivada de accidentes de circulación (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) no parte sino del expreso reconocimiento de que el resarcimiento de daños homogéneos debe conducir a indemnizaciones pecuniarias equivalentes, sin que los principios sillares del derecho de daños se resientan por ello. Sin pretender hacer ninguna aportación a una discusión teórica, que sólo parece traída al caso para dificultar la respuesta judicial y evadir la asunción de responsabilidades económicas frente a los afectados, creemos que esta resolución puede condenar al pago de una indemnización fija a una pluralidad de damnificados sin necesidad de considerar, uno a uno, la exacta medida en que la actuación ilícita de VOLKSWAGEN ha perturbado su esfera personal o patrimonial, siempre que pueda identificarse un daño común o compartido de todos los asociados a la OCU y perjudicados por el hecho dañoso, ajeno a otras comprobaciones individuales.

Esta conclusión ya era válida en el momento en que se interpuso la demanda y en atención al marco jurídico existente en ese momento. Sin embargo, se ha producido una novedad normativa, que fuerza además a alzaprimar esta misma interpretación, y no es otra que la publicación y entrada en vigor de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Texto pertinente a efectos del EEE). En los considerandos de esta norma se afirma lo siguiente:

*(1) La globalización y la digitalización han aumentado el riesgo de que gran número de consumidores se vean perjudicados por una misma práctica ilícita. Las infracciones del Derecho de la Unión pueden causar perjuicios al consumidor. Sin medios eficaces para que los consumidores puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, la confianza de los consumidores en el mercado interior se debilita.*

*(2) La falta de medios eficaces para hacer cumplir el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores también podría provocar la distorsión de la competencia leal entre aquellos empresarios que ejercen su actividad a escala nacional o transfronteriza que incumplen la normativa y aquellos que sí la cumplen. Dichas distorsiones pueden dificultar el funcionamiento correcto del mercado interior.*

*(...)*

*(7) Por consiguiente, la presente Directiva tiene por objeto garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y*



*eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias. La existencia de al menos un mecanismo procesal de esas características para las acciones de representación potenciaría la confianza de los consumidores y los capacitaría para ejercitar sus derechos, contribuiría a una competencia más leal y crearía unas condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior.*

Los artículos 9 y 10 de la Directiva se refieren expresamente a la necesidad de que el Derecho nacional de los Estados miembros de la UE permita reclamar, mediante un mecanismo colectivo, medidas resarcitorias, exigiendo a los empresarios proporcionar a los consumidores afectados soluciones, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda; y que también prevea la posibilidad de homologar aquellos acuerdos que para solventar esas reclamaciones se alcancen, llegado el caso. Esta norma se publicó en el Diario Oficial de la UE el 4 de diciembre de 2020 y entró en vigor a los 20 días, de conformidad con lo que dispone su artículo 25 por lo que en esta fecha se halla vigente. Desde un punto de vista subjetivo, la Directiva restringe su ámbito de aplicación a las reclamaciones promovidas por consumidores, lo cual es justamente aquí el caso; y desde un punto de vista objetivo o material, la Directiva limita su incidencia a los procedimientos seguidos en las materias que se enumeran en el Anexo I. Entre esas materias figura la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (DO L 149 de 11.6.2005, p. 22), cuyas normas son precisamente objeto de transposición en España en la Ley de Competencia Desleal que aquí se invoca.

Por si pudiera existir la menor duda de que un supuesto como el presente es el que tiene en mente el Legislador europeo cuando aprueba esta disposición, sólo basta remitirse a la propuesta original de la Directiva COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD) de fecha 11 de abril de 2018, donde puede leerse literalmente lo siguiente:

#### *Coherencia con otras políticas de la Unión*

*La propuesta es también plenamente coherente y compatible con las actuales políticas de la Unión. Complementa los procedimientos de cesación y reparación disponibles en los instrumentos sectoriales mediante la introducción de un mecanismo de acción de representación específico en el supuesto de que los intereses colectivos de los consumidores se hayan visto o puedan verse perjudicados. La mejor aplicación de los instrumentos legislativos de la Unión incluidos en el ámbito de aplicación apoyará especialmente las estrategias sobre el mercado único digital, la Unión de los Mercados de Capitales, la Unión de la Energía y la Economía Circular. En consonancia con el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ,*

*la propuesta integra exigencias de protección medioambiental y es coherente con el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente 20 .*

*Por ejemplo, en un escenario como el del «Dieselgate», las víctimas de prácticas comerciales desleales, como la publicidad engañosa por parte de los fabricantes de coches, podrán obtener medidas correctoras colectivamente a través de una acción de representación en el marco de la presente propuesta, aunque el marco regulatorio de la Unión para la homologación de vehículos no esté regulado como tal por el anexo I. Este recurso colectivo no estaba previsto antes en el Derecho de la Unión.*

Habida cuenta de que en la fecha en que se dicta la presente resolución la Directiva ya está vigente, nace para el Juez nacional una obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva, incluso aunque no haya concluido el plazo de transposición, desde su misma entrada en vigor. La directiva posee un valor interpretativo desde su notificación o publicación y antes de que expire el período de transposición, y puede desplegar un efecto anticipación por la vía hermenéutica, como así resulta entre otras muchas de la Sentencia del TJCE de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, Sentencia del TJCE de 10 de abril de 1984, as.79/83, Harz, sentencia de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, Kolpinghuis, sentencia de 23 de febrero de 1999, BMW, As.63/97; Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asuntos acumulados 240/98 a 244/98; sentencia de 23 de octubre de 2003, Adidas Salomón y Adidas Benelux, as. 408/01; sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote

- Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, as. C-147/16. Ello alcanza a la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya establecida, si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva ( sentencia de 17 de abril



de 2018, Egenberger, C-414/16); y todo ello con el límite infranqueable de no llevar a cabo una interpretación *contra legem* de la normativa nacional ( Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16).

Pues bien, interpretando el artículo 33.1 de la Ley de Competencia Desleal y el artículo 11.2 de conformidad con las nuevas obligaciones impuestas por la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, debemos concluir que el mecanismo de resarcimiento colectivo aquí impetrado existe y debe aplicarse; cualquier otra conclusión, como remitir a los aproximadamente siete mil afectados al incierto y desigual resultado de acciones individuales nos parece en la fecha presente contrario al Derecho de la Unión.

Pasando ya a fijar el monto indemnizatorio por afectado, sostiene la defensa de la compañía demandada que no ha quedado acreditada la existencia de ningún perjuicio para ninguno de los propietarios de los vehículos afectados, por lo que esta resolución no puede recogerlos. La Sala Primera del Tribunal supremo viene sin embargo aceptando en el ámbito de la competencia desleal en reiteradas resoluciones la aplicación del principio "ex re ipsa". Así resulta entre otras de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014, 17 de julio de 2008, 12 de junio de 2007 o 22 de junio de 2006. En todas ellas se acoge que " la realidad del daño puede estimarse existente cuando resulte evidente" o cuando resulte "evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado". La mejor doctrina defiende también la aplicación de la regla "ex re ipsa" en

el ámbito de la competencia desleal: así por ejemplo, E. GONZÁLEZ, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Ed. AEBOE, Madrid, 2019, p. 146, donde se afirma que "...en la prueba del daño causado por un ilícito de competencia desleal, es de aplicación la doctrina jurisprudencial « *ex re ipsa* » en virtud de la cual la acreditación del daño no es necesaria cuando el mismo es la consecuencia implícita de la conducta desleal o cuando resulta difícilmente imaginable que estos comportamientos anticompetitivos no hayan sido para nada perjudiciales para quien promueve el litigio. Por tanto, se debe considerar que, en virtud de la aplicación de esta doctrina, existen algunas situaciones de hecho en las que, constatada la comisión de un acto de competencia desleal, los perjuicios han de considerarse producidos, y, por tanto, cabrá la admisión de la condena a satisfacerlos sin un razonamiento sobre las pruebas que acrediten la existencia del perjuicio, teniéndolo en estos casos por evidente". En todo caso, la citada doctrina dista de equivaler a una presunción generalizada de perjuicio, exigiendo un esfuerzo argumentativo destinado a sustentar los motivos por los cuales el perjuicio causado se estima evidente, que es lo que se procede a hacer a continuación.

De entrada, en el caso enjuiciado existe un perjuicio o daño compartido y común a todos los propietarios de los vehículos afectados por la actuación ilícita de VOLKSWAGEN, que consiste en la molestia por la pérdida de tiempo asociada a la necesidad de llevar el vehículo al servicio técnico del fabricante para la reprogramación de su centralita. Es inviable pretender, como así parece la demandada, que se considere, propietario a propietario, cuál fue el tiempo exacto dedicado o perdido en esa intervención; si fue preciso solicitar o no un permiso laboral, si el mismo fue o no retribuido, si tuvo algún tipo de incidencia en la vida personal o profesional la privación del vehículo durante el tiempo necesario para la intervención, si fue necesario en ese tiempo contratar transportes alternativos o incluso la prestación de servicios completos cuando sin el vehículo privado no fuera posible llevar a cabo determinadas tareas de la vida cotidiana (compra de víveres, acompañamiento de menores en edad escolar, etc.). La parte demandada pretende trasladar la contienda a ese terreno, con la indisimulada finalidad de hacer perecer la reclamación, por falta de prueba de cada una de esas circunstancias, lo que desde luego no se va a lograr. Es posible fijar una compensación uniforme para todos los damnificados, que considere de modo igualitario esta partida indemnizatoria. En la fijación de esa partida no sólo debe considerarse el tiempo efectivamente dedicado a solventar la incidencia, sino otras molestias personales asociadas a la misma (eventual necesidad de alterar la agenda habitual, privación de uso del vehículo durante el tiempo de la revisión, necesidad de proveerse de un medio de desplazamiento alternativo, etc.).

En segundo lugar, la existencia de una manipulación en la centralita del automóvil conlleva de manera homogénea, para todos los propietarios de vehículos, una común desazón o inquietud respecto de la posible existencia de instrucciones ocultas e indetectables en ese software que controla el funcionamiento del coche. ¿Es posible que, de modo análogo a como aquí se ha producido, al objeto de sortear los controles de emisiones, el código fuente del mismo software incluya otras instrucciones que, por ejemplo, conduzcan a la aparición de averías inexistentes, o de modo más general, sirvan a un propósito de "obsolescencia programada" del vehículo? ¿Tales instrucciones ocultas podrían activarse en un modo que, bajo determinadas circunstancias de la conducción, pudiera resultar peligroso para la seguridad del tráfico (aceleraciones espontáneas, pérdidas súbitas de potencia, etc.)? ¿Es posible, a través de semejante operativa, monitorizar por ejemplo el funcionamiento de los vehículos, de tal modo que posteriormente, de forma opaca e incontestada, el fabricante pudiera obtener datos sobre los hábitos de uso y circulación de los automóviles? Aunque algunas de estas cuestiones puedan parecer meras conjeturas fruto de un exceso de imaginación, no puede obviarse



que todo el escándalo generado por el "dieselgate" no habría alcanzado la dimensión mundial que ha tenido ni habría acarreado la imposición de millonarias indemnizaciones a favor de los consumidores en todo el mundo si no fuera porque abre la espita para considerar seriamente la posibilidad de que hechos semejantes a los que acabamos de plantear puedan llegar a convertirse en realidad. En definitiva, al margen de la simple molestia derivada de la "reprogramación" de la centralita del vehículo, que la demandada asegura que es segura e indolora, creemos que las prácticas ilícitas son idóneas para generar en los propietarios de los vehículos una sensación de intranquilidad, inquietud o desconfianza, que en casos extremos puede llegar al deseo de vender o sustituir el automóvil (asumiendo importantes pérdidas económicas por la inherente depreciación del vehículo: véase el Anexo IV a la ORDEN EHA/4046/2005, de 21 de diciembre, por la que se aprueban los precios medios de venta aplicables en la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte). Esa ansiedad, intranquilidad o desasosiego es susceptible también de resarcimiento homogéneo, sin necesidad de una prueba especial psicológica que mida, propietario a propietario, cuál ha sido el exacto impacto psíquico de esta situación, partiendo de la valentía o firmeza de cada afectado, de su aversión al riesgo o de su carácter pusilánime, de su formación y de la capacidad de comprensión de la magnitud del problema en cuanto concierne a sus aspectos técnicos, etc.

A lo anterior debe añadirse otro factor de preocupación o decepción asociado a la propiedad de un vehículo afectado por el "dieselgate" y es la creciente inquietud por la protección del medio ambiente, que en los últimos años se ha traducido en la clasificación de los vehículos en distintas categorías, en función de sus niveles contaminantes; y la prohibición de acceso de los vehículos más nocivos a centros urbanos u otras zonas merecedoras de especial protección. Así acontece en la actualidad en distintas ciudades españolas, como Madrid o Barcelona, donde se están comenzando a implementar restricciones de acceso de vehículos (Zona de Bajas Emisiones en Barcelona, Madrid Central en la capital del Estado español); existiendo proyectos de prohibición similares para muchas otras capitales, en razón de la superación de los índices de contaminación permitidos. Esta es una dimensión del problema donde precisamente se ha producido una evolución extremadamente rápida en los dos últimos años, produciéndose por tanto un cambio esencial de circunstancias respecto del escenario que fue por ejemplo considerado en primera instancia el año 2016, cuando se resolvió el asunto que ha dado pie a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020. ¿Cabría la posibilidad de que aquellos vehículos que, mediante una manipulación del software de su centralita, hubieran visto falseados los resultados de los tests de emisiones, hayan de ver en un futuro próximo prohibida su circulación o, cuanto menos, tengan que soportar interdicciones de acceso a determinadas zonas de grandes ciudades? ¿Cabe la posibilidad de que los mismos puedan quedar gravados con tributos específicos, lo que haga especialmente costoso el mantenimiento de su titularidad? Basta para comprobar que las emisiones de óxidos nitrosos están siendo en la actualidad objeto de un especial seguimiento con consultar el Protocolo de Actuación para Episodios de Contaminación por Dióxido de Nitrógeno en la Ciudad de Madrid, concretamente en su apartado 7º, donde se contempla una posibilidad muy abierta de acordar medidas excepcionales en el supuesto de que persistieran las superaciones del nivel de aviso, o de alerta, siendo la previsión meteorológica desfavorable, y habiéndose aplicado todas las medidas del escenario 4 o de alerta, incluyendo restricciones de circulación adicionales conforme al Anexo III. No puede obviarse, en esta misma línea, que informaciones muy recientes alertan sobre el hecho que las dos principales capitales españolas (Barcelona y Madrid) se encuentran entre las seis ciudades europeas con mayor grado de emisiones de óxidos nitrosos y sobre el grave riesgo para la salud que ello supone (VV.AA. *Premature mortality due to air pollution in European cities: a health impact assessment*, publicado en *The Lancet*, 2021 publicación digital). ¿Es posible descartar que los vehículos con elevados niveles de emisión de óxidos nitrosos no padecerán en un futuro muy cercano y de modo específico nuevas y severas restricciones? ¿Es completamente ilusorio que, a resultas de la llamada de atención que ha supuesto el escándalo del dieselgate, se impongan tributos específicos para automóviles diésel con elevados niveles de emisiones de óxidos nitrosos, como ya existe en relación con la aviación comercial (impuesto sobre la emisión de óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial, aprobado por la Ley 12/2014, de 10 de octubre)? Indudablemente, en esta segunda dirección el conocimiento del falseamiento de los datos de emisiones en las pruebas de homologación por parte de VOLKSWAGEN también puede generar una seria inquietud, preocupación y desazón para miles de consumidores que han invertido una cantidad nada desdeñable de recursos a adquirir un vehículo, con una expectativa de duración en el tiempo.

Estas negativas perspectivas que se ciernen sobre la tenencia y uso de vehículos diésel EA 189 afectados por las prácticas desleales y engañosas, asimismo, han de traducirse indudablemente en una depreciación de su valor y por tanto en un quebranto económico para sus dueños. La parte demandada aporta una información procedente de Eurotax como documento núm. 16, de donde resulta que los vehículos equipados con motores diésel EA 189 de VOLKSWAGEN se estarían depreciando en un modo similar al resto de automóviles con análoga motorización de otros fabricantes. El propio estudio, que carece de las formalidades precisas para



ser valorado como una genuina prueba pericial, limita su análisis a la evolución del precio de los vehículos de segunda mano entre los meses de septiembre de 2015 y septiembre de 2016; se ignora qué metodología exacta ha empleado y no se han actualizado sus resultados a lo largo del presente procedimiento.

La parte demandada, probablemente consciente de esa debilidad, ha encomendado analizar la misma cuestión a la Consultora Deloitte en el informe que se acompaña como documento núm. 2 de su contestación, intentando que de ese modo las mismas conclusiones vengan refrendadas por una prueba pericial con todas las formalidades legales. El problema es que, según se manifiesta en la propia pericial (pág. 43), el informe de Deloitte se basa exclusivamente en el informe Eurotax y así se dice expresamente:

*Para la realización de este análisis nos hemos basado en el estudio elaborado por Eurotax de junio de 2017 (adjuntado como Documento 18) en el que se muestra el Promedio de los Valores Actuales de Compra de vehículos con motores EA189 en el mercado VO diésel español durante el periodo septiembre 2015 - junio 2017.*

Por tanto, no se incluye ninguna información más reciente sobre el impacto que de manera evidente ha sufrido el valor de los vehículos con posterioridad a esa fecha, que se puede contrastar acudiendo a fuentes de información fiables y fácilmente accesibles para cualquier interesado. Esta no nos parece una circunstancia intrascendente, ya que el informe Deloitte aparece firmado en fecha 6 de marzo de 2019. La parte demandada tuvo tiempo y medios para actualizar los datos de los que disponía, que se basaban en análisis estadísticos efectuados en los primeros meses inmediatamente posteriores a la revelación del escándalo y optó deliberadamente por prescindir o silenciar el análisis de lo acaecido en fechas posteriores.

Así por ejemplo, acudiendo a la encuesta de la *Zentralverbands Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe* (ZDK) efectuada en marzo de 2018 entre 1.817 concesionarios de todas las marcas sobre la depreciación de los vehículos con un motor Diesel con la norma Euro 5, el mayor porcentaje de respuestas apuesta a una depreciación entre el 30 y el 50% (un 34,19% de los concesionarios encuestados), mientras que un 32,06% refiere caídas entre un 10 y un 30% (*Diesel-Blitzumfrage: Auswirkungen der Dieseldiskussion*, estudio disponible en <https://www.kfzgewerbe.de>). Es fácil extraer la conclusión de que, si el escándalo provocado por las prácticas ilícitas de VOLKSWAGEN no se hubiera producido, esa acusada caída del valor no se hubiera sufrido. La mejor doctrina española que se ha pronunciado en términos críticos o escépticos sobre la reclamación colectiva de daños en el diéselgate (A. CARRASCO y L. MONTORO, "Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate", publicado en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18/2016 (publicación digital), reconoce lo siguiente: "Es evidente que existe un *merkantiles Minderwert* de los vehículos afectados por el escándalo del software. 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".

Por último, es preciso resarcir económicamente a los consumidores que, teniendo profundas convicciones ambientales, adquirieron sus vehículos VOLKSWAGEN-AUDI no sólo por su estética, prestaciones o representación, que son conocidas y admiradas en todo el mundo y no se cuestionan, sino en el firme convencimiento de que se trataba de la mejor opción posible, en términos de protección del medio ambiente y la salud. Dichos consumidores confiaron decisivamente en la homologación europea de los vehículos, en atención al elevado compromiso de la Unión con la protección del medio ambiente, para luego conocer que los niveles de emisión de sus vehículos, en ciclos reales de conducción, pueden resultar muy dañinos para la calidad del aire y por ende para su salud. Esa frustración de la legítima confianza debe también ser reparada.

En atención a todos los daños patrimoniales y morales causados y sin necesidad de especificar matemáticamente, partida a partida, la concreta fracción que responde al resarcimiento de cada uno de ellos, este órgano judicial ha llegado a la conclusión de que la indemnización justa y adecuada debe ascender a TRES MIL EUROS (3.000 EUR) por afectado conforme solicita la OCU. Es evidente que la pérdida de tiempo y molestias que conlleva haber de someter el vehículo a una revisión innecesaria y la depreciación sufrida por los modelos afectados por la manipulación no puede ser compensado con un importe inferior a MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 EUR); y que el resto de daños por la inquietud, desazón, pérdida de confianza, frustración del compromiso medioambiental, desconfianza en el vehículo, deseo de deshacerse a pérdida del mismo, etc. que hemos explicado ampliamente en los apartados precedentes no puede ascender a un importe inferior a otros MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 EUR). Que es justamente lo que se pide a título principal en la demanda.

Para fijar el monto indemnizatorio se ha tenido asimismo en cuenta que en Alemania VOLKSWAGEN ha alcanzado un acuerdo para indemnizar a los consumidores alemanes afectados por la manipulación del software de sus vehículos con unas cantidades que oscilan entre los MIL TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS (1.350 EUR) y los SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS (6.257 EUR) (este hecho nuevamente



goza de total y absoluta notoriedad en el momento del dictado de esta sentencia, habiendo sido conocido durante la tramitación de este pleito con posterioridad a la celebración del juicio: para una explicación en español del contenido y alcance de la transacción véase G. ORMAZÁBAL, "El "dieselgate" ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva", publicado en *InDret*, núm. 3/2020, pág. 17). Por comparación con esas reparaciones, se considera que el *quantum* de la indemnización que aquí se recoge cumple exigencias mínimas de prudencia y moderación, en la medida en que se sitúa en el tramo medio inferior de la compensación elegida para los consumidores alemanes (la tabla detallada de las indemnizaciones reconocidas en Alemania en función del modelo del vehículo y de su año de fabricación se hace pública en <https://www.musterfeststellungsklagen.de>). Igualmente, la compensación que esta resolución concede también parece moderada a la vista de las indemnizaciones por importe entre CINCO MIL CIEN Y DIEZ MIL DÓLARES (5.100-10.000 \$) que el mismo fabricante ha abonado a los propietarios de los vehículos afectados en los Estados Unidos, según informaciones igualmente públicas y notorias ("U.S. appeals court upholds Volkswagen's \$10 billion diesel settlement", información digital en [www.reuters.com](http://www.reuters.com)). En definitiva, consideramos que los precedentes argumentos cumplen con la exigencia de motivación de la cuantificación del daño, que según la mejor doctrina (E. Pombo, *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 306) "no necesariamente se debe traducir como "desglosar" las partidas de la indemnización, sino justificar los motivos que llevan a la convicción de tal o cual cifra, con referencia a los aspectos concretos de la víctima, a las particularidades del daño en ese caso o, incluso, a *criterios comparativos en casos similares*" (el subrayado es nuestro).

Significar por último que el monto indemnizatorio reconocido, en gran medida en razón de daños de naturaleza extrapatrimonial, se alinea con la cantidad fijada como daño moral en reclamaciones colectivas en que la compensación se sustentaba en la inquietud o incertidumbre generada por la ocultación de información o el engaño idóneo para provocar privación de la capacidad de decisión ( Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013 o 10 de julio de 2014). Supuestos estos en que, si bien el hecho dañoso era de muy distinta naturaleza, se puede trazar cierta analogía con los ilícitos aquí enjuiciados.

#### **UNDÉCIMO.- Publicación de la sentencia**

El artículo 32.2 LCD dispone que en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora. Tras la reforma operada por el art. 1.11 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, la acción de publicación presenta autonomía propia y no constituye un mero apéndice o consecuencia de la acción de remoción: así por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2014, donde se consideró procedente en atención a la amplia repercusión entre los consumidores por la incertidumbre generada y el temor de poder sufrir perjuicios a resultas del acto desleal. Los mismos motivos concurren en el presente caso: la publicación no supone vehicular a través del pronunciamiento una suerte de sanción económica adicional (lo que ha sido expresamente rechazado: véanse las Sentencias de la Sección 28<sup>a</sup> Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de 14 de junio de 2019 o 3 de julio de 2020), sino que es imprescindible para que todos los posibles afectados por la conducta de la demandada que no son reparados a través de esta sentencia tengan conocimiento de lo que en ella se ordena. En la Sentencia de la Sección 28<sup>a</sup> Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de 5 de junio de 2017 se ha considerado motivación válida para la publicación de la sentencia deshacer posibles equívocos del público destinatario de los bienes o servicios y poner además en conocimiento del mercado (resto de empresarios y clientes) quién ha merecido la reprobación judicial por vulnerar el derecho ajeno. En definitiva, se juzga procedente estimar la petición de que se publique, a costa de la demandada, el encabezamiento y fallo de esta sentencia en dos de los periódicos de mayor circulación a nivel nacional.

#### **DUODÉCIMO.- Costas**

Siendo la estimación de la demanda sustancial es procedente imponer las costas a la parte demandada ( art. 394 LEC, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015 y las que en ella se citan: imposición de costas a aquel contra el que la pretensión se ha estimado en sus aspectos más importantes cualitativa o cuantitativamente). Asimismo, procede declarar expresamente la temeridad de la parte demandada condenada en costas a los efectos prevenidos en el artículo 394.3 LEC. La razón de este último y absolutamente excepcional pronunciamiento en la praxis de este órgano judicial estriba en el hecho de que, a pesar de haber efectuado la asociación demandante dos intentos de conciliación en sede extrajudicial para alcanzar un acuerdo resarcitorio para los consumidores afectados en España, la parte demandada no se ha avenido a ninguna opción de indemnización, ni ha efectuado ninguna oferta de compensación en ninguna de las actuaciones judiciales de este procedimiento. Y no sólo eso: ha negado en España hasta límites indefendibles (lo que entraría de lleno en el concepto de "pretensiones o defensas intraprocerales

absurdas, dilatorias o absolutamente infundadas" acogido por la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de fecha 5 de mayo de 2014) la propia existencia del ilícito y del daño causado a los consumidores afectados, mientras se negociaba un acuerdo en Alemania donde se aceptaba la culpa y se asumía un justo compromiso de compensación, abriendo incluso una posibilidad de gestión de la reparación a través de una plataforma virtual ([www.mein-vw-vergleich.de](http://www.mein-vw-vergleich.de)) para 262.000 afectados, del que da testimonio el vídeo explicativo del procedimiento, todavía disponible para su visionado en Internet (<https://www.youtube.com/watch?v=MFRtLOsfefQ&feature=youtu.be>). Todo ello nos permite acudir nuevamente al artículo 281.4 LEC para apreciar hechos que gozan de absoluta notoriedad y han sido reflejados por la práctica totalidad de la prensa española.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), contra VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A. por lo que:

1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO el carácter de práctica comercial desleal, de la conducta consistente en la instalación, en los vehículos con motores diésel (EA 189) del grupo VW, de un programa informático -software- que ofrecía una imagen inveraz de las emisiones de gases contaminantes de sus motores, camuflando sus verdaderas condiciones y simulando el mantenimiento de unos niveles de elevada potencia y consumo reducido al tiempo que transmitía públicamente la idea reducción significativa del consumo de combustible y las emisiones de gases contaminantes.

2º) DEBO ORDENAR Y ORDENO el cese de la conducta desleal precitada y prohíbo su reiteración futura.

3º) DEBO ORDENAR Y ORDENO la remoción de los efectos de la anterior conducta para los supuestos en que no se haya efectuado el saneamiento de los vehículos afectados, mediante la modificación, en cualquier tiempo y de manera gratuita, del software instalado o cambio de hardware si fuera preciso.

4º) DEBO CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a indemnizar por los daños y perjuicios causados a los usuarios afectados asociados a la OCU e identificados en la presente resolución en la cuantía de TRES MIL EUROS (3.000 €) por afectado, ascendiendo el monto indemnizatorio total a DIECISEIS MILLONES, TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL EUROS (16.332.000 EUR).

5º) DEBO ORDENAR Y ORDENO la publicación del encabezamiento y fallo de esta sentencia en dos de los periódicos de mayor circulación a nivel nacional.

6º) DEBO CONDENAR Y CONDENO en costas a la entidad demandada, con expresa declaración de temeridad.

Notifíquese la presente Sentencia en legal forma a las partes comparecidas enterándoles que la misma no es firme y que cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS según lo previsto en los artículos 457 y 458 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En el escrito de recurso deberá acreditar el recurrente haber consignado en la cuenta de este Juzgado la cantidad de CINCUENTA EUROS (50 EUR) conforme a lo dispuesto por la Dª. 15ª de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, siendo este requisito necesario para su admisión a trámite.

Llévese la presente resolución al libro de Sentencias del Juzgado quedando testimoniada en las presentes actuaciones y tómesese oportuna nota en los libros de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia a cuya publicación en forma, se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de la fecha por el Magistrado-Juez que la dictó estando en Audiencia Pública y presente yo el Secretario de lo que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.