

Asunto C-666/23

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

9 de noviembre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Landgericht Ravensburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Ravensburg, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

27 de octubre de 2023

Partes demandantes:

EL

CM

BT

JF

DS

Parte demandada:

Volkswagen AG

Objeto del procedimiento principal

Reglamento (CE) n.º 715/2007 — Turismo diésel — Recirculación de los gases de escape — Ventana de temperaturas — Autorización hipotética — Indemnización de daños y perjuicios — Cálculo

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión; artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Puede desestimarse la reclamación de indemnización de daños y perjuicios del adquirente de un vehículo contra el fabricante por comercialización negligente de un vehículo con un dispositivo de desactivación prohibido en el sentido del artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 715/2007 debido a que:
 - a) el fabricante ha incurrido en un error de prohibición invencible;
en caso de respuesta afirmativa:
 - b) el error de prohibición es invencible para el fabricante, puesto que la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas ulteriores homologó efectivamente el dispositivo de desactivación instalado;
en caso de respuesta afirmativa:
 - c) el error de prohibición es invencible para el fabricante, puesto que la tesis jurídica del fabricante del vehículo sobre el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 715/2007 habría sido confirmada por la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas ulteriores si se le hubiera preguntado al respecto (homologación hipotética)?
2. ¿Ha de pagar una indemnización de daños y perjuicios el fabricante del vehículo que ha suministrado una actualización de software al propietario del vehículo si este ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la instalación de un dispositivo de desactivación prohibido, en el sentido del artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 715/2007, mediante la actualización del software?
3. ¿Es compatible con el Derecho de la Unión que, en caso de interposición de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra el fabricante del vehículo por comercialización negligente de un vehículo equipado con un dispositivo de desactivación prohibido en el sentido del artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 715/2007,
 - a) el adquirente del vehículo, en caso de que interponga la reclamación de daños y perjuicios, deba permitir que la ventaja obtenida por la utilización del vehículo se compense con el importe de la *pequeña* indemnización de daños y perjuicios, en la medida en que dicha ventaja, sumada al valor residual, supere el precio de compra pagado menos el importe de dicha indemnización de daños y perjuicios;

- b) el derecho del adquirente del vehículo a la *pequeña* indemnización de daños y perjuicios esté limitado a un máximo del 15 % del precio de compra pagado?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Reglamento (CE) n.º 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor 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 (DO 2007, L 171, p. 1): en particular, artículo 5, apartado 2

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil): en particular, artículos 276, 823 y 826

Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (Reglamento de homologación CE de los vehículos de motor, de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos; en lo sucesivo, «EG-FGV»): en particular, artículos 6 y 27

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre cinco asuntos distintos que, si bien no son idénticos, se diferencian entre sí únicamente en meros detalles.
- 2 Primer procedimiento: La demandada comercializó el VW T6 Multivan Comfortline 2.0 TDI equipado con un motor diésel del tipo EA288. En el vehículo, la recirculación de los gases de escape fuera de la denominada ventana de temperaturas se reduce en función del descenso de la temperatura exterior. Ello da lugar a un aumento de las emisiones de NOx (= óxido de nitrógeno) en caso de funcionamiento del vehículo fuera de la ventana de temperaturas. El demandante adquirió el vehículo a la demandada por un importe de 45 944,39 euros. Abonó 15 000 euros y financió el resto mediante un crédito. Entretanto, ha vendido el vehículo.
- 3 El demandante considera que ha resultado perjudicado de forma dolosa y contraria a las buenas costumbres. A su juicio, la ventana de temperaturas es un dispositivo de desactivación prohibido y afirma que la reducción del porcentaje de recirculación de los gases de escape comienza con una temperatura de + 20 °C. El demandante reclama el pago de un importe de 8 709,30 euros (precio de compra de 45 944,39 euros, menos la ventaja obtenida por la utilización del vehículo, por importe de 10 245,60 euros, por 66 900 km recorridos, y el producto de la venta,

por importe de 31 000 euros, más los gastos de financiación por importe de 4 010,51 euros) y, con carácter subsidiario, que se le pague un importe de 6 891,66 euros (= 15 % del precio de compra).

- 4 La demandada solicita que se desestime la demanda. Frente a las pretensiones basadas en el contrato, la demandada opone la excepción de prescripción. En relación con la ventana de temperaturas, la demandada sostiene que la recirculación de los gases de escape disminuye gradualmente a partir de aproximadamente + 12 °C de temperatura ambiente. La demandada considera que la ventana de temperaturas es legal, pues resulta necesaria para el funcionamiento seguro del vehículo. La demandada alega *ad cautelam* haber incurrido en un error de prohibición invencible y, a tal respecto, invoca una homologación hipotética concedida por el Kraftfahrtbundesamt (Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor).
- 5 Segundo procedimiento: El vehículo VW T6 Multivan 2.0 TDI se comercializó con un motor diésel fabricado por la demandada del tipo EA288. El demandante adquirió el vehículo a un precio de 49 950 euros con un kilometraje de 9 350 km. No se discute que, cuando el demandante adquirió el vehículo, este contaba con un sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas, pero fue eliminado mediante una actualización de software el 10 de octubre de 2017. Tampoco se discutió (ni se discute ahora) la existencia de una ventana de temperaturas. Esta da lugar a que aumenten las emisiones de NOx en caso de funcionamiento del vehículo fuera de la ventana de temperaturas.
- 6 El demandante considera que ha resultado perjudicado de forma dolosa y contraria a las buenas costumbres por la existencia de dispositivos de desactivación prohibidos. Reclama una cantidad de 8 938 euros (= 20 % del precio bruto de compra) y, con carácter subsidiario, una indemnización de daños y perjuicios cuyo importe establezca el tribunal según su libre apreciación, pero que no sea inferior a 6 703,50 euros (= 15 % del precio de compra).
- 7 La demandada reconoce que el software ha utilizado el reconocimiento del modo de banco de pruebas instalado originariamente para reducir fuera del NEDC el porcentaje de recirculación de los gases de escape cuando se alcanza una temperatura de funcionamiento de 200 °C. Sin embargo, a partir de esta temperatura de funcionamiento, el sistema SCR contribuye sustancialmente a la reducción de NOx, de modo que, pese a ello, se alcanzan los valores límite. En cuanto atañe a la ventana de temperaturas, la demandada sostiene que se produce una reducción por debajo de una temperatura ambiente «de aproximadamente + 12 °C». La demandada considera que la ventana de temperaturas es legal, pues resulta necesaria para el funcionamiento seguro del vehículo. La demandada alega *ad cautelam* haber incurrido en un error de prohibición invencible y, a tal respecto, invoca una homologación hipotética concedida por la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor.

- 8 Tercer procedimiento: Los hechos del tercer procedimiento se corresponden en esencia con los del segundo procedimiento.
- 9 Cuarto procedimiento: El vehículo VW Golf 2.0 TDI se comercializó con un motor diésel del tipo EA288 fabricado por la demandada. No se discute que el vehículo cuenta con un sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas. La demandante adquirió el vehículo a un precio de 10 000 euros con un kilometraje de 107 000 km.
- 10 La demandante considera que la demandada le ha causado un perjuicio de forma dolosa y contraria a las buenas costumbres. A su juicio, el funcionamiento del sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas está prohibido y sostiene que la ventana de temperaturas está igualmente prohibida. La demandante reclama el pago de 9 258,60 euros (precio de compra de 10 000 euros menos la compensación de la ventaja obtenida por la utilización del vehículo por importe de 741,40 euros por los 14 309 km recorridos en el momento de la interposición de la demanda) a cambio de la restitución del vehículo y de la transmisión de la propiedad sobre el mismo, y, con carácter subsidiario, una indemnización de daños y perjuicios por importe de 1 500 euros (= 15 % del precio de compra).
- 11 La demandada solicita que se desestime la demanda. La demandada reconoce que el sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas es utilizado por el software para que el catalizador del almacenamiento de NOx se regenere por completo antes de que se realice un recorrido de prueba y se regenere en momentos señalados con precisión dentro del NEDC (nuevo ciclo de conducción europeo). Además, la temperatura del catalizador del almacenamiento de NOx aumenta en el NEDC inmediatamente antes de la primera regeneración de dicho catalizador. Ahora bien, nada de ello tiene un impacto mensurable en las emisiones de NOx. Aun cuando las emisiones de NOx aumentasen sin estas funciones, no se rebasarían los valores límite. La demandada considera que la ventana de temperaturas es legal. A tal respecto, la demandada alega que el sistema de recirculación de los gases de escape se activa al 100 % entre - 24 °C y + 70 °C debido al muy avanzado sistema de recirculación de los gases de escape. La demandada alega *ad cautelam* haber incurrido en un error de prohibición invencible y, a tal respecto, invoca una homologación hipotética concedida por la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor.
- 12 Quinto procedimiento: El vehículo VW Sharan 2.0 TDI se comercializó con un motor diésel del tipo EA189 fabricado por la demandada. El motor estaba equipado con un dispositivo de desactivación prohibido (sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas con «lógica de conmutación»). Mediante decisiones de 14 y 15 de octubre de 2015, la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor instó a la demandada a retirar estos dispositivos de desactivación prohibidos de los vehículos por ella comercializados. El demandante adquirió el vehículo a un precio de 32 000 euros, con un kilometraje de 14 915 km. El 7 de marzo de 2017, se puso en funcionamiento en el vehículo una actualización del software desarrollado por la

demandada y autorizado por la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor. Mediante dicha actualización se instaló una ventana de temperaturas en el vehículo. Ello da lugar a un aumento de las emisiones de NOx en caso de funcionamiento del vehículo fuera de la ventana de temperaturas.

- 13 El demandante considera que la demandada le ha causado un perjuicio de forma dolosa y contraria a las buenas costumbres. Reclama el pago de una indemnización de daños y perjuicios cuyo importe establezca el tribunal según su libre apreciación, pero que no sea inferior a 4 800 euros (= 15 % del precio de compra), y, asimismo, que declare que la demandada ha de resarcir a la demandante por los daños que este ha sufrido como consecuencia de la instalación de un dispositivo de desactivación en función de la temperatura controlada.
- 14 La demandada solicita que se desestime la demanda. Opone *ad cautelam* la excepción de prescripción. En relación con la ventana de temperaturas, la demandada sostiene que la recirculación de los gases de escape se reduce solo por debajo de + 10 °C. Así se requiere para el funcionamiento seguro del vehículo. Además, la demandada también señala que, si bien la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2022, *GSMB Invest* (C-128/20, EU:C:2022:570), en relación con vehículos de la demandada con una ventana de temperaturas idéntica (tras la actualización del sistema de control del motor para el tipo de motor EA189), daba por cierto que el rango de temperatura de la ventana de temperaturas se movía entre los + 15 °C y los + 33 °C de «temperatura exterior», a juicio de la demandada tal hipótesis se basaba en apreciaciones fácticas vinculantes efectuadas por los órganos jurisdiccionales remitentes que no se correspondían con las circunstancias efectivas. La demandada alega *ad cautelam* haber incurrido en un error de prohibición invencible y, a tal respecto, invoca una homologación hipotética concedida por la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 15 Observaciones preliminares: es probable que, en los procedimientos primero, segundo y tercero, el respectivo vehículo, en el momento de su adquisición, estuviera equipado con un dispositivo de desactivación prohibido en el sentido del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007. En el quinto procedimiento, se instaló un dispositivo de desactivación prohibido mediante la actualización. En el cuarto procedimiento, el sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas constituye un sólido indicio de la existencia de un dispositivo de desactivación prohibido.
- 16 En los vehículos en cuestión en los procedimientos primero, segundo, tercero y quinto, la recirculación de los gases de escape se reduce, a más tardar, a partir de una temperatura ambiente de + 10 °C, por lo que, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, existe una ventana de temperaturas prohibida que tampoco está

autorizada con carácter excepcional en virtud del artículo 5, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 715/2007.

- 17 Además, es probable que en los procedimientos primero, segundo y tercero tampoco se cumpla el criterio adicional contemplado en el artículo 5, apartado 2, segunda frase, letra a), del Reglamento n.º 715/2007, según el cual el dispositivo de desactivación no podrá entrar en funcionamiento durante la mayor parte del año, puesto que en los vehículos sobre los que versan los tres procedimientos antes mencionados la recirculación de los gases de escape se reduce, como muy tarde, a partir de una temperatura ambiente de aproximadamente + 12 °C. Sin embargo, las temperaturas medias anuales en Alemania son inferiores a aproximadamente + 12 °C.
- 18 En el cuarto procedimiento, se discute si la ventana de temperaturas y/o el sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas dan lugar a un aumento de las emisiones en condiciones normales de funcionamiento. Por consiguiente, en este procedimiento no queda acreditado que se esté en presencia de un dispositivo de desactivación prohibido en el sentido del artículo 3, punto 10, y del artículo 5, apartado 2, primera frase, del Reglamento n.º 715/2007, aun cuando el sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas haya de verse como un sólido indicio de ello.
- 19 Para poder reclamar una indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 826 del Código Civil, el autor del daño debe haber actuado de forma dolosa y objetivamente contraria a las buenas costumbres. Sin embargo, cabe afirmar que tales requisitos no se cumplen en los asuntos remitidos.
- 20 Ahora bien, en dichos asuntos, el adquirente del vehículo puede tener derecho a una indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 823, apartado 2, del Código Civil. Según la reciente jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), el artículo 823, apartado 2, del Código Civil, en relación con los artículos 6, apartado 1, y 27, apartado 1, del EG-FGV, protege el interés del comprador de un vehículo de no sufrir ninguna pérdida patrimonial como consecuencia de una vulneración por el fabricante de la normativa de la Unión en materia de emisiones.
- 21 En los procedimientos primero, segundo, tercero y quinto, la vulneración por la demandada de la normativa europea en materia de emisiones reviste la forma de una ventana de temperaturas prohibida, mientras que en el cuarto procedimiento se da un sólido indicio, en la forma de un sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas, que apunta a la existencia de tal infracción.
- 22 El derecho a la indemnización de daños y perjuicios presupone, además, que el fabricante del vehículo haya actuado cuando menos con negligencia en lo relativo al dispositivo de desactivación. Se presume la culpa del fabricante del vehículo. Sin embargo, el fabricante puede desvirtuar tal presunción alegando y acreditando circunstancias que permitan pensar, con carácter excepcional, que su actuación no

fue negligente. En particular, el fabricante puede invocar a este respecto, de conformidad con la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, un error de prohibición invencible alegando y probando en el caso concreto que ha incurrido en un error de prohibición como tal y que este era, además, invencible. Sobre este aspecto versa la primera cuestión prejudicial.

- 23 En el quinto procedimiento, la reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del dispositivo de desactivación ya instalado en el vehículo en el momento de comercialización y adquisición del mismo (el sistema de reconocimiento del modo de banco de pruebas con «lógica de conmutación») ha prescrito. Ahora bien, una vez que se ha instalado en él la actualización suministrada por la demandada en la forma de la ventana de temperaturas, el vehículo cuenta con un nuevo dispositivo de desactivación prohibido. Cabe preguntarse si el propietario del vehículo puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios al fabricante si resulta perjudicado por el dispositivo de desactivación instalado mediante una actualización. Este es el objeto de la segunda cuestión prejudicial.
- 24 La reclamación de indemnización de daños y perjuicios contemplada en el artículo 823, apartado 2, del Código Civil, en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 27, apartado 1, del EG-FGV, se dirige, de conformidad con la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, a la obtención de la denominada *pequeña* indemnización de daños y perjuicios, esto es, al pago de un importe en metálico. No puede reclamarse el reembolso del precio de compra a cambio de la devolución del vehículo y de la transmisión de la propiedad sobre el mismo (la denominada *gran* indemnización de daños y perjuicios). Además, el Bundesgerichtshof prescribe que deberán tenerse en cuenta la ventaja obtenida por la utilización del vehículo cuando esta, sumados al valor residual, supera el precio de compra pagado menos el importe de la indemnización. Sobre este problema versa la tercera cuestión prejudicial.
- 25 Sobre las cuestiones prejudiciales en concreto — Sobre la primera cuestión: solo en raros supuestos excepcionales cabrá excluir la responsabilidad sobre la base de un error de prohibición. La ignorancia no exime de la responsabilidad. De igual modo, el pronóstico equivocado acerca de qué valore como negligente un tribunal en un eventual juicio por responsabilidad tampoco constituye un fundamento del error de prohibición vencible. El autor del daño debe contar siempre que un tribunal considere insuficientes las medidas de diligencia debida que adopte. Únicamente se incurrirá en un error de prohibición invencible cuando una persona razonable no haya podido contar con que su comportamiento podría ser considerado en el futuro por un órgano jurisdiccional como constitutivo de un incumplimiento.
- 26 De conformidad con la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, el error del fabricante relativo en concreto al dispositivo de desactivación habrá de ser invencible si un fabricante de vehículos presenta una homologación de tipo CE efectiva para el dispositivo de desactivación prohibido utilizado con todos los

detalles pertinentes con arreglo al artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007. Ahora bien, también deberá ser invencible el error cuando se comprueba que la tesis jurídica incorrecta del fabricante sobre la existencia de un dispositivo de desactivación prohibido habría sido confirmada por la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas ulteriores (en Alemania, la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor) si se le hubiera preguntado al respecto, esto es, en caso homologación hipotética.

- 27 Cabe dudar de que esta jurisprudencia nacional se cohoneste con el Derecho de la Unión, puesto que la prohibición de dispositivos de desactivación está regulada en el Derecho de la Unión. El derecho del adquirente de un vehículo a una indemnización adecuada de daños y perjuicios por la adquisición de un vehículo equipado con un dispositivo de desactivación prohibido también está contemplado en el Derecho de la Unión [sentencia de 21 de marzo de 2023, Mercedes-Benz Group (Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación), C-100/21, EU:C:2023:229, apartado 91]. Los Estados miembros regulan únicamente las modalidades de obtención de tal indemnización de daños y perjuicios por los compradores.
- 28 Se plantea, pues, la cuestión de las exigencias que establece el Derecho de la Unión respecto a los requisitos subjetivos para que el adquirente de un vehículo pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios al fabricante del mismo por infracción de los artículos 18, apartado 1, 26, apartado 1, y 46 de la Directiva 2007/46, así como del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007.
- 29 A este respecto, cabe preguntarse, en primer lugar, si en la extensión de la responsabilidad extracontractual de un fabricante de un vehículo en cuestión tiene alguna relevancia la culpa [cuestión prejudicial 1, letra a)]. En diversos ámbitos del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ya se ha manifestado sobre la exigencia de culpa en materia de responsabilidad extracontractual (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, EU:C:1990:383, apartados 22 a 25; de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros, C-314/09, EU:C:2010:567, apartados 39 y ss.; de 9 de diciembre de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie y otros, C-568/08, EU:C:2010:751, apartados 86 y ss., y de 18 de junio de 2013, Schenker & Co. y otros, C-681/11, EU:C:2013:404, apartado 35).
- 30 Dado que en los procedimientos remitidos lo único que se dirime es la responsabilidad civil del fabricante del vehículo, muchos elementos apuntan a que no habrá de atenderse a la concurrencia de culpa. En efecto, si la reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra el fabricante del vehículo en caso de incumplimiento de los artículos 18, apartado 1, 26, apartado 1, y 46 de la Directiva 2007/46, así como del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007, requiriera la concurrencia de culpa, debería responderse a la cuestión de si de una información u homologación de la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas ulteriores puede inferirse que un error de prohibición es invencible [cuestión prejudicial 1,

letra b)]. En efecto, si se aplicasen al respecto los principios desarrollados en la sentencia de 18 de junio de 2013, *Schenker & Co. y otros* (C-681/11, EU:C:2013:404), la homologación o la información de la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas posteriores carecería de relevancia. El fabricante deberá contar con que el Tribunal de Justicia formulará una apreciación jurídica sobre la admisibilidad de un dispositivo de desactivación de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007 distinta de la de la autoridad competente.

- 31 Y aun cuando la homologación concedida por la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas posteriores generara en el fabricante de vehículos la confianza en que dicha autoridad no adoptará ninguna medida contra él, resulta dudoso que el fabricante pueda invocar tal confianza frente a los compradores del vehículo. Además, el principio de efectividad permite suponer que el fabricante no disfruta en modo alguno de la protección de la confianza legítima frente al adquirente. De otro modo, quedaría sin sancionarse la infracción del Derecho de la Unión que cometiera el fabricante, en caso de que la infracción se debiera a la apreciación incorrecta que formulase la autoridad competente. Ello sería contrario a la exigencia de que las sanciones por incumplimiento de las disposiciones de una directiva sean efectivas, proporcionadas y disuasorias [sentencia de 21 de marzo de 2023, *Mercedes-Benz Group (Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación)*, C-100/21, EU:C:2023:229, apartados 85 y 88].
- 32 Si la homologación o la información de la autoridad competente en materia de homologación de tipo CE o de adopción de medidas posteriores generasen en el fabricante de vehículos una confianza legítima en que su comportamiento se ajusta a Derecho, se suscita la cuestión de si se atribuye también tal efecto a una homologación hipotética [cuestión prejudicial 1, letra c)]. En su sentencia *Schenker*, el Tribunal de Justicia declaró que nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la autoridad competente no le ha dado garantías concretas (sentencia de 18 de junio de 2013, *Schenker & Co. y otros*, C-681/11, EU:C:2013:404, apartado 41). Además, en sus conclusiones presentadas en este mismo asunto, la Abogada General Kokott mencionó como requisito mínimo para el reconocimiento de la confianza legítima, entre otros, que la decisión administrativa o judicial debe versar exactamente sobre las cuestiones de hecho y de Derecho por las cuales la empresa afectada invoca un error de prohibición excluyente de la culpa, y que solo se pueden invocar las manifestaciones de las autoridades o de los órganos jurisdiccionales contenidas expresamente en la decisión correspondiente, y no otras conclusiones que se puedan desprender de ella, a lo sumo, de forma implícita (conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto *Schenker y otros*, C-681/11, EU:C:2013:126, punto 91). En el caso de una homologación o información hipotética, esto es, para el caso hipotético de que se formulase una pregunta al respecto, no se cumpliría este requisito, pues en tal caso se carecerá precisamente de manifestaciones expresas y precisas de una autoridad sobre una situación concreta.

- 33 En contra de que se tome en consideración tal homologación hipotética milita también el principio de efectividad. Si un Estado miembro consintieran por esta vía un error de prohibición invencible de los fabricantes de vehículos, los perjudicados en cuestión no percibirían indemnización alguna de daños y perjuicios. No se garantizaría la adecuación de la cuantía de la indemnización, ni tampoco el efecto disuasorio de las sanciones por la comisión de infracciones, tal y como exige el Tribunal de Justicia.
- 34 Las cuestiones prejudiciales 1, letras a) a c), son pertinentes para resolver todos los litigios remitidos. En caso de respuesta negativa a una de las cuestiones, la hipotética homologación que concediera la Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor carecería de relevancia para las reclamaciones civiles de indemnización de daños y perjuicios que interpusiera el adquirente del vehículo contra el fabricante y que procediera examinar.
- 35 Sobre la segunda cuestión: esta afecta únicamente al quinto procedimiento. En caso de respuesta afirmativa, el demandante podrá reclamar una indemnización de daños y perjuicios en cuanto al fondo, cuya cuantía habrá de determinarse en un proceso ulterior.
- 36 Es dudoso que el fabricante de un vehículo que ha proporcionado una actualización de software con un dispositivo de desactivación prohibido con arreglo al artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 715/2007 deba abonar una indemnización de daños y perjuicios al propietario del vehículo si este sufre un daño como consecuencia del dispositivo de desactivación prohibido instalado mediante la actualización.
- 37 En el Derecho nacional, se rechaza que, a tal respecto, exista una infracción de una norma que protege a un tercero, ya que esta infracción radica en la concesión de un certificado de conformidad incorrecto por el fabricante del vehículo. Ahora bien, cuando se efectúa la actualización, no se concede ningún nuevo certificado de conformidad. Por tanto, la actualización no puede constituir un indicio adecuado para afirmar que al fabricante del vehículo le incumbe una responsabilidad por daños y perjuicios de conformidad con el artículo 823, apartado 2, del Código Civil, en relación con los artículos 6, apartado 1, y 27, apartado 1, del EG-FGV. Además, se aduce que el daño que da lugar a la responsabilidad indemnizatoria se produce con la celebración del contrato de compraventa no deseado. Las medidas aplicadas *a posteriori*, tales como la actualización, ya no pueden haber sido la causa de la decisión de compra.
- 38 Sin embargo, de conformidad con el Derecho de la Unión, podría ser necesario que, en tal caso, al propietario del vehículo le asistiera el derecho a indemnización. A favor de tal tesis aboga la circunstancia de que el fabricante, en virtud de la entrega y de la instalación de la actualización, crea una situación contraria a Derecho que contradice el certificado de conformidad. Tal como ocurre en el supuesto de comercialización de un vehículo con un dispositivo de desactivación prohibido, la actualización con un dispositivo de desactivación

prohibido puede dar lugar a que la autoridad competente prohíba su utilización. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, el comportamiento censurable del fabricante que genera la responsabilidad radica en la entrega y la instalación de la ventana de temperaturas prohibida. En ello habrá de verse el elemento de conexión para establecer la responsabilidad del fabricante del vehículo, y no en la concesión de un certificado de conformidad incorrecto o en la ulterior decisión de compra. El hecho de que el certificado de conformidad sea incorrecto no es más que la consecuencia forzosa de la instalación del dispositivo de desactivación prohibido, y otra posible consecuencia será la decisión de compra de un adquirente que confía que el certificado de conformidad es correcto.

- 39 No podrá ser relevante el hecho de que, con ocasión de la actualización, no se conceda un nuevo certificado de conformidad. Mediante este certificado, de conformidad con el artículo 3, apartado 6, de la EG-FGV, en relación con el artículo 3, punto 36, de la Directiva 2007/46, el fabricante certifica que un vehículo perteneciente a la serie del tipo homologado con arreglo a lo dispuesto en dicha Directiva cumple todos los actos reglamentarios en el momento de su fabricación. El certificado de conformidad será válido para todo el período de funcionamiento del vehículo. Si el fabricante modifica posteriormente el estado del vehículo de un modo no autorizado, esta certificación será forzosamente inexacta.
- 40 Sobre la tercera cuestión: El BGH niega que, en caso de que se hayan causado daños solo de forma negligente, el adquirente tenga derecho a que el fabricante le devuelva el precio de compra a cambio de la restitución del vehículo (la denominada *gran* indemnización de daños y perjuicios), porque el derecho del comprador a la autodeterminación económica solo está protegido en caso de perjuicio contrario a las buenas costumbres, pero no en el supuesto en que el perjuicio sea causado solo de forma negligente. El BGH entiende que el interés del adquirente, protegido por el Derecho de la Unión, consiste en no sufrir ninguna pérdida patrimonial en el sentido de la hipótesis de la diferencia y concede al adquirente, de conformidad con el artículo 823, apartado 2, del Código Civil, en relación con los artículos 6, apartado 1, y 27, apartado 1, del EG-FGV, únicamente el derecho a obtener la denominada *pequeña* indemnización de daños y perjuicios, esto es, únicamente una reclamación de cantidad.
- 41 De conformidad con los criterios formulados por el BGH, el tribunal que se pronuncie sobre los hechos habrá de apreciar la cuantía del daño diferencial teniendo en cuenta todas las circunstancias conforme a su libre convicción. A este respecto, habrá de observarse que el daño estimado debe ascender, por razones basadas en el principio de efectividad del Derecho de la Unión, cuando menos al 5 % del precio de compra pagado, pero por razones basadas en el principio de proporcionalidad, tampoco podrá ser superior al 15 % del precio de compra pagado. La ventaja obtenida por la utilización y el valor residual del vehículo deberán compensarse, reduciendo así la cuantía del daño, siempre que superen el valor del vehículo en el momento de la celebración del contrato de compraventa (precio de compra pagado menos el importe de la indemnización de daños y

perjuicios). A juicio del BGH, ello se ajusta al Derecho de la Unión, habida cuenta de la exigencia de que las sanciones sean efectivas y disuasorias.

- 42 Sin embargo, es dudoso que la compensación de la ventaja obtenida por la utilización del vehículo con el importe de la indemnización de daños y perjuicios se ajuste al Derecho de la Unión. Si, de acuerdo con los criterios del BGH, el adquirente perjudicado debiera permitir que la ventaja obtenida por la utilización del vehículo se compense con la pequeña indemnización de daños y perjuicios, recibiría una menor indemnización en función de la intensidad del uso del vehículo. No se advierte una razón objetiva que justifique tal solución. No se enriquece si utiliza su propio vehículo. Por tanto, parece arbitrario reducir la dimensión del daño por razón de la intensidad del uso.
- 43 Ciertamente, el Derecho de la Unión exige que el adquirente debe permitir que se compensen los kilómetros recorridos cuando reclama la denominada gran indemnización de daños y perjuicios, esto es, el reembolso del precio de compra a cambio de la devolución del vehículo. En este supuesto, el Abogado General Rantos considera necesario compensar la ventaja obtenida por la utilización efectiva del vehículo en cuestión con el reembolso de su precio de compra, pues la protección de los derechos garantizados por la Directiva 2007/46 no puede dar lugar a un enriquecimiento injustificado [conclusiones del Abogado General Rantos presentadas en el asunto Mercedes-Benz Group (Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación), C-100/21, EU:C:2022:42061, puntos 61 y s.].
- 44 Ahora bien, de acuerdo con la tesis aquí defendida, ello no podrá aplicarse si el comprador únicamente reclama la pequeña indemnización de daños y perjuicios, puesto que, entonces, mantendrá el vehículo en su propiedad. El uso corre por su propia cuenta, mientras que el vehículo pierde su valor. Así pues, no se enriquece en modo alguno utilizando el vehículo. La compensación de la ventaja obtenida por la utilización efectiva con la pequeña indemnización de daños y perjuicios podría llevar a un resultado inadecuado, violando así el principio de efectividad. El Abogado General Rantos subraya que la compensación no puede dar lugar a que, en última instancia, el adquirente no perciba indemnización alguna por el daño sufrido (punto 62). Sin embargo, es precisamente esto lo que ocurriría de seguirse el método de compensación del BGH si el adquirente hubiera utilizado de forma intensiva su vehículo hasta el momento de la decisión judicial.
- 45 Además, es probable que la limitación a tanto alzado del daño diferencial, de conformidad con la jurisprudencia del BGH, a un importe máximo del 15 % del precio de compra sea contraria al Derecho de la Unión, por violar el principio de efectividad, puesto que el valor mínimo de los vehículos de resultados de la instalación en ellos del dispositivo de desactivación instalado es a menudo superior al 15 % del precio de compra. Sin embargo, la fijación simplista del BGH del límite máximo del 15 % no permite a los tribunales nacionales tener en cuenta tal circunstancia. Además, ha de pensarse que el comprador, conforme a las exigencias formuladas por el BGH, solo podrá reclamar la compensación

económica del daño, pero deberá conservar el vehículo. Por tanto, si esta reclamación de cantidad se limita a un importe del 15 % del precio de compra, no podrá tenerse suficientemente en cuenta el interés del adquirente del vehículo en obtener una compensación adecuada.

- 46 En caso de respuesta negativa a la cuestión prejudicial 3, letra a), no podría ser objeto de compensación en los procedimientos objeto de remisión la ventaja obtenida por la utilización efectiva del vehículo en la medida en que supere el valor del mismo en el momento de la celebración del contrato de compraventa (precio de compra menos importe de la indemnización de daños y perjuicios). En tal caso, carecerían de pertinencia tanto la intensidad de la utilización del vehículo como su valor residual.
- 47 En caso de respuesta negativa a la cuestión prejudicial 3, letra b), podrían concederse importes superiores al 15 % del precio de compra en concepto de indemnización de daños y perjuicios en los procedimientos segundo y cuarto, en los que la fijación del importe de la indemnización se deja a la libre apreciación del órgano jurisdiccional. Por tanto, en el primer procedimiento, además del importe de la indemnización de daños y perjuicios solicitada, del 15 % del precio de compra, podría concederse como partida adicional de la indemnización los gastos de financiación, dado que estos, por regla general, son indemnizables.