

## El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva

### Sumario

-

*El presente trabajo se dirige a analizar las claves fundamentales de los procesos judiciales que se han seguido en los EE. UU. y en Alemania para depurar la responsabilidad de Volkswagen en el así llamado “Dieselgate”.*

*El trabajo expone con detalle los antecedentes del caso y a continuación explica su desenvolvimiento ante los tribunales de ambos países, intentando dar cuenta de las coordenadas esenciales, legislativas y jurisprudenciales, que lo contextualizan. Tras detectar los problemas con los que ha topado en ambos escenarios la tutela eficaz de los derechos de los afectados se realizan ciertas observaciones y comentarios comparativos. En general, se concluye que el modelo de afrontar la litigación en masa se ha revelado en los EE. UU. más eficiente que en Alemania, donde el así llamado proceso modelo es incapaz de ofrecer la satisfacción adecuada de los derechos de las personas afectadas y se aplica sólo a consumidores. Se critica, además, la tendencia de los altos tribunales alemanes para anticipar criterios jurisprudenciales unificadores fuera de la sentencia que pone fin al recurso de casación. Por otra parte, en ambos países se constata la tendencia a rehuir del control judicial de la transacción concluida para poner fin el proceso colectivo y finalmente, se propone la traslación a los ordenamientos europeos de ciertos aspectos del régimen legal de la litigación masiva en los EE. UU., a la vez que se desaconseja la importación de otros que se consideran altamente inconvenientes.*

### Abstract

-

*The paper is directed to analyze the main aspects of the judicial proceedings conducted in the USA and in Germany in order to assess the liability of Volkswagen in the so-called “Dieselgate”. The paper exposes in detail the background of the case and then explains its development before the courts of both countries, trying to account for the essential legislative and jurisprudential coordinates needed to contextualize it. After detecting the hurdles encountered in both jurisdictions to afford effective judicial relief for mass damages, certain comparative observations and comments are made. Overall, it is concluded that the model of dealing with mass litigation has proven in the USA more efficient than in Germany, where the so-called model process is unable to offer direct satisfaction of the rights of those who suffered the damages and applies only to consumers. Furthermore, a critical opinion is offered on the tendency of the German high courts to anticipate unifying jurisprudential criteria before the final adjudication of the appeal. On the other hand, in both countries there is a tendency to avoid judicial control of collective settlements. Finally, it is pro-posed that certain aspects of the legal regime of mass litigation in the US be transferred to the European legal systems while the importation of others considered highly detrimental is discouraged.*

-

**Title:** *The “Dieselgate” before the German and USA Courts: Lessons to Be Taken about the Treatment of Mass Litigation.*

-

**Palabras clave:** Derecho procesal civil, Acciones colectivas, litigación colectiva, litigación en masa, daños masivos, protección de consumidores.

**Keywords:** *Civil procedure, class-actions, collective litigation, mass-litigation, mass-damages, consumer protection.*

Recepción  
14/05/2020

-

Aceptación  
24/06/2020

-

## Índice

-

### **1. Consideraciones preliminares y metodología**

### **2. Los hechos del caso y sus precedentes. La historia y el desenlace de una desenfadada ambición empresarial.**

2.1. Trayectoria ascendente de VW hacia el liderazgo mundial del sector automovilístico y el escollo de los límites reglamentarios en materia de emisiones contaminantes.

2.2. El descubrimiento del software de desactivación clandestino y el inicio del calvario judicial de Volkswagen en los EE. UU.

### **3. In Re Volkswagen “Clean Diesel” Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation. Aspectos centrales de la ofensiva judicial contra Volkswagen en los EE. UU.**

3.1. Inicio y desarrollo de las actuaciones. La coordinación y desarrollo del cúmulo de procedimientos a través de un expediente de MDL (Multi-District Litigation).

3.2. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 2.0 litros (2.0 Settlement)

3.3. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 3.0 litros (3.0 Settlement)

3.4. la transacción colectiva con Bosch (Bosch Class Settlement)

### **4. El asunto de la manipulación de los motores diésel de Volkswagen ante la jurisdicción civil alemana.**

4.1. Rasgos esenciales de la regulación de la litigación masiva y de la tutela colectiva en el Derecho alemán.

4.2. Visión panorámica de los procedimientos y acciones judiciales ejercitadas contra Volkswagen en Alemania.

4.3. El proceso modelo (Musterfeststellungsverfahren) contra Volkswagen.

a) Aspectos esenciales del proceso modelo en materia de consumo regulado en los §§ 606 a 614 ZPO.

b) Inconvenientes del proceso modelo para procurar adecuadamente la satisfacción de los perjudicados puestos de manifiesto en el Dieselpgate.

4.4. La articulación procesal de reclamaciones individuales masivas a través de la cesión fiduciaria de derechos (Inkassozeession).

Como ya se dijo, en el asunto contra VW que nos ocupa, el mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones para obtener una satisfacción por los daños sufridos ha


4.5. Un discutible modo de proceder: la publicación de “resoluciones judiciales indicativas” (Hinweisbeschlüsse) como medio de sentar criterios jurídicos uniformes cuando el desistimiento de los recursos impide la formación de un verdadero precedente jurisprudencial.

### **5. Observaciones comparativas y conclusiones.**

### **6. Bibliografía.**

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.15

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Consideraciones preliminares y metodología\*

El presente trabajo se dirige a analizar las claves fundamentales de los procesos judiciales que se han seguido en los EE. UU. y en Alemania para depurar la responsabilidad civil y dilucidar otras consecuencias de orden no penal derivadas de la instalación clandestina por parte de Volkswagen (en adelante VW) de un software de desactivación en varios de sus modelos diésel con el objeto de burlar los controles gubernativos sobre emisiones. El asunto es conocido popularmente con el nombre de “Dieselgate”, nombre que, para simplificar, utilizaremos en las líneas que siguen.

En vez de confrontar desde el plano puramente teórico los modelos de litigación masiva de ambos países, en las páginas que siguen se pretende abordar un estudio comparativo desde la perspectiva del desarrollo y, en su caso, desenlace del asunto ante los tribunales de los respectivos países. Se trata de un caso excepcionalmente importante y de enorme relevancia económica y social, en el cual se han puesto a prueba los mecanismos que los ordenamientos jurídicos alemán y norteamericano brindan para afrontar el tratamiento de la litigación en masa. De este modo se pretende alcanzar una visión realista de los problemas concernidos, que no puede ser suministrada únicamente por el examen de conjuntos normativos. Por supuesto, para alcanzar dicho resultado será también preciso tomar en consideración las coordenadas regulatorias correspondientes, pero siempre desde la perspectiva de su aplicación al caso que nos ocupa. De este modo, una vez establecidos los términos de la comparación, esperamos concluir el trabajo realizando ciertas observaciones dirigidas a mejorar el tratamiento procesal de la litigación en masa, tanto la colectiva propiamente dicha, como la basada en diferentes técnicas de agregación o coordinación de acciones.

El esquema del trabajo no puede ser más simple. Comenzaré exponiendo los antecedentes del caso y a continuación analizaré su desenvolvimiento ante los tribunales de ambos países, intentando dar cuenta de la historia forense y simultáneamente de las coordenadas esenciales, legislativas y jurisprudenciales, que lo contextualizan. Al mismo tiempo trataré de detectar los problemas con los que ha topado en ambos escenarios el despliegue de una adecuada tutela de los derechos de la masa de afectados. Con los datos suministrados por dicho estudio, el último epígrafe se dedicará a realizar ciertas observaciones y comentarios comparativos.

## 2. Los hechos del caso y sus precedentes. La historia y el desenlace de una desenfrenada ambición empresarial.

### 2.1. Trayectoria ascendente de VW hacia el liderazgo mundial del sector automovilístico y el escollo de los límites reglamentarios en materia de emisiones contaminantes.

Los orígenes de la compañía automovilística VW se remontan a la época del III Reich, cuando Adolf Hitler, en 1937, impulsado por fines propagandísticos, impulsó el proyecto de producir y comercializar bajo los auspicios del régimen un vehículo utilitario asequible a la mayoría de la población alemana. Encomendó dicho proyecto a Ferdinand Porsche, constructor del famoso Volkswagen escarabajo (que apenas llegó a producirse y venderse a causa del estallido de la

---

\* Autor de contacto: Guillermo Ormazabal Sánchez, [guillermo.ormazabal@udg.edu](mailto:guillermo.ormazabal@udg.edu).

El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D “Acciones colectivas, una nueva regulación” DER 2017-82146-P.

segunda guerra mundial) y fundador de la fábrica Volkswagenswerk en la actual ciudad de Wolfsburg (Baja Sajonia), donde radica hasta la fecha la sede de la compañía. En los años de la contienda mundial la dirección de la fábrica fue asumida por Anton Piëch. Durante los años de la postguerra hasta la actualidad el grupo empresarial ha seguido una línea de meteórica ascensión hasta situarse en la cúspide mundial del sector automovilístico. En todo ese tiempo las familias Piëch y Porsche han ejercido un notable control sobre la compañía, sobre todo tras el periodo en el que Ferdinand Piëch asumió su dirección ejecutiva (1993-2002) y la dirección del consejo de administración (2002-2015)<sup>1</sup>. De hecho, tras la compra de Porsche en 2012, las familias Porsche y Piëch pasaron a ser los propietarios de la mayoría de las acciones con derecho a voto (*Stimmrechtsaktien*) de VW. En fin: en 2015 VW superó en ventas a Toyota y se convirtió en el primer productor mundial de automóviles<sup>2</sup>.

Esta fugaz sinopsis de los hitos fundamentales de la historia del grupo empresarial resulta de crucial importancia para comprender los hechos objeto de los procesos que nos ocupan, que se hicieron públicos precisamente en el año en el que la carrera de triunfo de VW llegó a su apogeo. En efecto, la dura pugna en el mercado mundial automovilístico y el desmedido afán de VW por situarse en su vanguardia es la principal razón que explica su arriesgada -con el tiempo se revelaría letal- decisión de instalar clandestinamente en algunos de sus vehículos diésel un software diseñado para burlar los controles reglamentariamente establecidos de emisiones de óxido de nitrógeno (NOx). La sofocante presión ejercida desde Wolfsburg sobre los directivos de VW para mantener el nivel de ventas y el liderazgo mundial explica también la adopción de tan temeraria y, por lo demás, antiética decisión empresarial.

Como es sabido, VW y el resto de las marcas de su grupo empresarial destacaban, entre otros aspectos, por la tecnología de sus motores diésel. Dicha tecnología, que permitía alcanzar altas cotas de eficiencia y ahorro, tenía, sin embargo, el inconveniente de producir un gran impacto ambiental por su elevado nivel de emisiones de NOx. Y aunque existía la posibilidad, en términos técnicos, de reducir dichas emisiones hasta niveles tolerables, la solución pasaba por aumentar el volumen del depósito de urea (*adBlue*) destinado a neutralizarlas, decisión que comportaba considerables repercusiones en el diseño del vehículo y que hubiese supuesto obligar a los usuarios a acudir a los servicios mecánicos con mayor frecuencia que para el cambio de aceite, incomodidad que implicaba a su vez una notable desventaja en términos competitivos.

Poco dispuesto a ceder posiciones en la despiadada contienda por la primacía en el mercado, VW acabó no resistiéndose a la tentación de instalar en ciertos modelos diésel el software antes referido, conocido en español como dispositivo de desactivación o dispositivo manipulador (*defeat device*), definido en la legislación europea como *todo elemento de diseño que detecta la*

---

<sup>1</sup>. Los hitos fundamentales de dicha trayectoria son, con mayor detalle, los siguientes: En 1965 VW adquiere la empresa Auto Union GmbH, que fusiona en 1965 con NSU-Motorenwerk, unión de la que resulta la empresa Audi. En 1986 VW compra la española SEAT y en 1991, tras la caída del telón de acero, la empresa checoslovaca Škoda. En 1998, adquirió también la empresa británica productora de limusinas de lujo Bentley Motors, y las empresas italianas Lamborghini y Bugatti, que fabricaban vehículos deportivos también de lujo. En 2008 VW se convirtió en la accionista mayoritaria del productor sueco de camiones Scania y en 2011 adquirió también la mayoría de las participaciones del grupo alemán de camiones Man. En fin, en 2012 VW compra la empresa Porsche y la fabrica italiana de motocicletas Ducati. EWING (2017, pp.359 y 360).

<sup>2</sup>. Quien esté interesado en informarse sobre el nacimiento y desarrollo de la compañía sí como de los hechos que marcaron el escándalo del software de desactivación, la sucesiva ofensiva judicial y otras vicisitudes del asunto puede consultar el libro EWING (2017).

temperatura, la velocidad del vehículo, las revoluciones por minuto del motor, la marcha introducida, la depresión de admisión y cualquier otro parámetro con el fin de activar, modular, aplazar o desactivar el funcionamiento de cualquier pieza del sistema de control de las emisiones, y reduce la eficacia de dicho sistema en condiciones que puede esperarse razonablemente que se produzcan durante el funcionamiento y la utilización normales del vehículo<sup>3</sup>. El dispositivo de desactivación instalado por VW en sus vehículos detectaba cuándo el vehículo estaba siendo sometido a un test o control en situación estática y entonces activaba el funcionamiento normal del sistema de control de emisiones. Por el contrario, cuando percibía que el vehículo estaba circulando en situación normal, es decir en carretera, desactivaba dicho sistema de control, llegando a superar en cuarenta veces el nivel máximo de emisiones de NOx legalmente permitidas<sup>4</sup>.

## 2.2. El descubrimiento del software de desactivación clandestino y el inicio del calvario judicial de Volkswagen en los EE. UU.

No es sólo que VW llevase a cabo la referida práctica fraudulenta, sino que, mientras lo hacía, lanzaba una grandilocuente y potente campaña mediática resaltando las virtudes medioambientales del *Clean Diesel*, que en los Estados Unidos llevó a prominentes militantes ecologistas a hacer una apología pública de VW y a adquirir como vehículo personal alguno de los modelos clandestinamente equipados con el software de desactivación<sup>5</sup>.

Hasta una determinada fecha, los controles de emisiones, tanto en los EE. UU. como en Europa, se llevaban a cabo en laboratorios especializados, pero tras el informe realizado por el *Center for Alternative Fuels, Engines and Emissions* (CAFEE) de la West Virginia University<sup>6</sup> se puso de manifiesto que las mediciones llevadas a cabo de este modo diferían notablemente de las emisiones reales que los vehículos producían en condiciones normales cuando circulaban en carretera. En efecto, el Consejo Internacional de Transporte Limpio (ICCT, *International Council on Clean Transportation*) encargó el estudio en 2013 para realizar pruebas de emisiones de vehículos en uso (circulando por la carretera), utilizando un sistema de medición de emisiones portátil (PEMS) en tres vehículos diésel que habían sido certificados por las agencias medioambientales competentes de los EE. UU. y del Estado de California. El estudio fue parte de un análisis más amplio de datos proporcionados por PEMS de automóviles diésel de fabricación europea y norteamericana y en el que se estudiaba la brecha existente entre las emisiones reales y los niveles empleados en la certificación administrativa, con el objetivo de demostrar la efectividad de la legislación de emisiones norteamericana en comparación con los estándares europeos, que resultarían menos exigentes. Dos de los tres vehículos de prueba utilizados para el estudio de CAFEE fueron modelos VW, concretamente un Passat y un Jetta. El estudio reveló que esos dos vehículos, ambos con

---

<sup>3</sup>. Art. 3.10 del Reglamento (CE) No 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. La definición que le da la legislación medioambiental federal de los EE. UU. es casi idéntica: *Defeat device means an auxiliary emission control device (AECD) that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use* (U.S.C. 40 CFR § 86.004-2, relativo al control de emisiones).

<sup>4</sup>. MACDOUGALD (2017, p. 133).

<sup>5</sup>. EWING (2017, pp.197 y 198).

<sup>6</sup>. El informe lleva por título *In-Use Emissions Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the United States*. Es accesible en la página web: [https://www.eenews.net/assets/2015/09/21/document\\_cw\\_02.pdf](https://www.eenews.net/assets/2015/09/21/document_cw_02.pdf)

motores diésel de 2.0 litros, cuando se probaron con una unidad PEMS produjeron emisiones en carretera excesivamente altas, emitiendo NOx en valores muy superiores a los límites permisibles. Los ingenieros de CAFEE informaron sus hallazgos a la propia VW, y a las agencias medioambientales (CARB y EPA). De este modo comenzaron las investigaciones federales y estatales, así como las tácticas encubridoras de VW para evitar que su conducta fraudulenta aflorase a la luz<sup>7</sup>.

En Europa, el art. 5.2 a) del Reglamento (CE) No 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor permite excepcionalmente el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones, entre otros motivos, cuando la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo<sup>8</sup>. También la legislación de los EE. UU. autoriza excepcionalmente a instalar dispositivos de desactivación en términos similares o, más bien, considera que si concurren dichas circunstancias no cabe hablar de un verdadero dispositivo de desactivación, en sí mismo prohibido por la ley<sup>9</sup>. La diferencia es que conforme a la legalidad estadounidense es preciso comunicar dicha instalación a la administración certificadora y justificar su necesidad de acuerdo con ciertos parámetros establecidos reglamentariamente<sup>10</sup>. Como se puede comprobar, la normativa de la UE es más laxa que la norteamericana en lo relativo al control sobre el uso de aquellos dispositivos. En Europa cabe usarlos legalmente con mayor facilidad que en los EE. UU., sobre todo si se repara en la vaguedad de la expresión *protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo*, privada de mayor concreción reglamentaria y control administrativo.

En cualquier caso, una vez afloradas las sospechas respecto del comportamiento fraudulento de VW e iniciadas las correspondientes investigaciones administrativas, la actitud de VW en el desarrollo de las pesquisas no se caracterizó precisamente por su predisposición a cooperar. Varios de sus directivos trataron reiteradamente de ocultar información y datos a las autoridades y de

---

<sup>7</sup>. CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018, pp. 123 y ss).

<sup>8</sup>. Art.5.2: *Estará prohibido el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones. La prohibición no se aplicará cuando: a) la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo; b) el dispositivo no funcione más allá de las exigencias de arranque del motor, o c) en los procedimientos de ensayo se incluyan las condiciones apropiadas para verificar las emisiones de evaporación y las emisiones medias del tubo de escape.*

<sup>9</sup>. Véase 40 CFR § 86.004-2 (Definitions) (...) *Defeat device means an auxiliary emission control device (AECD) that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use, unless: (1) Such conditions are substantially included in the applicable Federal emission test procedure for heavy-duty vehicles and heavy-duty engines described in subpart N of this part; (2) The need for the AECD is justified in terms of protecting the vehicle against damage or accident; (3) The AECD does not go beyond the requirements of engine starting; or (4) The AECD applies only for engines that will be installed in emergency vehicles, and the need is justified in terms of preventing the engine from losing speed, torque, or power due abnormal conditions of the emission control system, or in terms of preventing such abnormal conditions from occurring, during operation related to emergency response. Examples of such abnormal conditions may include excessive exhaust backpressure from an overloaded particulate trap and running out of diesel exhaust fluid for engines that rely on urea-based selective catalytic reduction.*

<sup>10</sup>. 40 CFR § 86.1844-01 (Information requirements: Application for certification and submittal of information upon request) en cuyo apartado (d) 11 se establece que *a list of all auxiliary emission control devices (AECD) installed on any applicable vehicles, including a justification for each AECD, the parameters they sense and control, a detailed justification of each AECD that results in a reduction in effectiveness of the emission control system, and rationale for why it is not a defeat device as defined under § 86.1809.* Además, el precepto autoriza a la agencia certificadora para requerir del fabricante cierta información adicional en materia de emisiones.

distraer el curso de sus averiguaciones. Hasta que llegó un momento en que la compañía no tuvo más remedio que confesar abiertamente la instalación clandestina y fraudulenta de los dispositivos, provocando la irritación y el enojo de las autoridades medioambientales, que descubrieron haber sido engañadas durante largos años, así como la indignación de quienes habían adquirido sus vehículos, especialmente aquellos que lo habían hecho movidos por su conciencia ecológica<sup>11</sup>.

### **3. In Re Volkswagen “Clean Diesel” Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation. Aspectos centrales de la ofensiva judicial contra Volkswagen en los EE. UU.**

#### **3.1. Inicio y desarrollo de las actuaciones. La coordinación y desarrollo del cúmulo de procedimientos a través de un expediente de MDL (*Multi-District Litigation*).**

A continuación, paso a referir sintéticamente los aspectos centrales de la tormenta judicial contra VW en los EE. UU.<sup>12</sup>, que se desencadenó a raíz de una denuncia (*Notice of Violation*) presentada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA)<sup>13</sup> el 18 septiembre de 2015 respecto de los vehículos equipados con el motor diésel de 2.0 litros (incluía modelos tan populares como Jetta, Golf, Passat, Beetle, y Audi A3). A esta primera denuncia siguió una segunda *Notice of Violation* formulada también por la EPA, el 2 de noviembre de 2015, referida esta vez a los vehículos equipados con motor diésel de 3.0 litros, y comprendía importantes modelos deportivos y de lujo como Touareg, modelos Audi A6, A7, A8, Q5 y el Porsche Cayenne.

El diluvio de acciones civiles contra VW comenzó, de hecho, nada más publicarse la primera denuncia de la EPA, concretamente con el asunto *Fiol v. Volkswagen Group of America, Inc.*, que fue planteado ante en el Juzgado del Distrito Norte de California el 18 de septiembre de 2015, es decir el mismo día en que se hizo pública aquella primera denuncia. A ella siguieron muchas otras en muy diversos foros, federales y estatales, algunas de carácter individual y otras de carácter colectivo (*class actions*)<sup>14</sup>.

A la vista de la avalancha de procesos a los que previsiblemente habría de hacer frente VW, se acudió en fecha tan temprana como el 23 de septiembre de 2015 a una institución peculiar del Derecho procesal norteamericano conocida con el nombre de *Multidistrict Litigation*

---

<sup>11</sup>. Para más detalles sobre la conducta de VW durante la investigación, véase EWING (2018, pp.213 y ss.).

<sup>12</sup>. Es especialmente recomendable, por el esfuerzo de síntesis pero a la vez razonable amplitud y detalle del relato, el trabajo de CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018). Los autores forman parte del equipo de abogados del Departamento de Justicia de los EE. UU. que se ocuparon del caso, lo que avalora el relato al proporcionar una visión de primera mano de la historia judicial. Si se prefiere una información más detallada, toda la información judicial sobre la asunto se puede consultar en: <https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/>

<sup>13</sup>. *Environmental Protection Agency*. Es una agencia del gobierno federal de Estados Unidos encargada de proteger la salud humana y el medio ambiente: aire, agua y suelo.

<sup>14</sup>. Más en concreto, se certificaron tres acciones colectivas que incluían tres clases de demandantes: 1) Consumidores que compraron o alquilaron vehículos Volkswagen afectados; 2) concesionarios de automóviles que tenían incluido los vehículos diésel en su inventario el 18 de septiembre de 2015; y 3) concesionarios de automóviles competidores de Volkswagen que habrían sufrido una desventaja competitiva a causa del marketing engañoso de Volkswagen. MACDOUGALD (2017, p. 150).

(abreviadamente MDL). Su regulación se halla en el 28 U.S.C. § 1407<sup>15</sup>. Dispone dicho precepto que, cuando estén pendientes ante los tribunales de diferentes distritos acciones civiles que tengan en común una o más cuestiones de hecho, dichas acciones podrán ser transferidas al tribunal de un distrito concreto con el fin de que las actuaciones previas al juicio (*pretrial proceedings*) se sustancien de forma unificada y coordinada ante dicho tribunal. La competencia para ordenar dicha transferencia corresponde a un órgano judicial colegiado, que, en traducción libre al español, podríamos denominar sala de litigación “multidistritual” (*Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, JPML).

La constitución del MDL puede ser instada por cualquiera que reúna la condición de parte en los procesos cuya trasferecia se pretende o acordada *ex officio* por el propio JPML, siempre que dicha transferencia resulte conveniente para las partes y para los testigos y parezca útil para promover de modo justo y eficiente la tramitación de las actuaciones. Los procedimientos y acciones así transferidas serán devueltas al tribunal de distrito de origen cuando concluyan las actuaciones preparatorias del juicio, de modo que éste pueda desarrollarse ante dichos órganos judiciales. A menos, claro está, que se haya puesto fin al proceso de forma consensual ante el propio tribunal que se encarga del MDL, lo que ocurre con harta frecuencia<sup>16</sup>.

En los últimos años la litigación masiva en los EE. UU. se canaliza con mayor frecuencia a través de MDL que mediante el ejercicio de *class actions*, hasta el punto de que, según datos de años recientes, un tercio de los asuntos tramitados ante los tribunales federales se inscriben en algún MDL y la mayoría de las acciones de daños ejercitadas ante los tribunales federales se ventilan asimismo en expedientes de MDL<sup>17</sup>.

Volviendo a la crónica judicial del asunto, el 3 de diciembre siguiente se reunió en Nueva Orleans el JPML del ya constituido *Clean Diesel MDL*<sup>18</sup> con la comparecencia de más de 24 abogados, que convinieron en la necesidad de transferir y unificar todos los procedimientos mediante un MDL, aunque no hubo unanimidad en cuanto al lugar en que debía producirse la consolidación de procedimientos.

El 8 de diciembre siguiente el JPML resolvió transferir los procedimientos al Distrito Norte de California y poner su tramitación a cargo del Juez Breyer. Su primera resolución (*Pretrial Order*), justo el día siguiente a haber recibido el encargo de ocuparse de la fase preparatoria del cúmulo

---

<sup>15</sup>. (a) *When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated (...).*

(b) *Such coordinated or consolidated pretrial proceedings shall be conducted by a judge or judges to whom such actions are assigned by the judicial panel on multidistrict litigation. For this purpose, upon request of the panel, a circuit judge or a district judge may be designated and assigned temporarily for service in the transferee district by the Chief Justice of the United States or the chief judge of the circuit, as may be required (...).*

<sup>16</sup>. FREER (2017, pp.307 y ss. y p.884).

<sup>17</sup>. FREER (2017, p.884).

<sup>18</sup>. La referencia oficial del caso es, en concreto, *In re Volkswagen “Clean Diesel” Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation*, Case No. 3:15-md-02672-CRB (“MDL 2672”), United States District Court for the Northern District of California.



de procedimientos transferidos, fue convocar a las partes para el siguiente 22 de diciembre con el fin de celebrar la audiencia dirigida a fijar el calendario y programar las actuaciones (*Initial Case Management Conference*).

El 4 de enero de 2016, el EES (*Environmental Enforcement Section*, la Sección Medioambiental del Departamento de Justicia de los EE. UU.) interpuso demanda ante los tribunales federales del Distrito Este de Michigan contra VW, Audi y Porsche<sup>19</sup>, que inmediatamente fue transferida al MDL constituido en California. Se trataba de una acción dirigida a imponer al grupo empresarial diversas “sanciones civiles” (*civil penalties*) por vulneración de la normativa medioambiental. Es preciso observar a este respecto que en la Sección 205 de la Ley Federal de Pureza del Aire (CAA)<sup>20</sup>, aplicable en el caso que nos ocupa, no se contemplan sanciones administrativas en el sentido que dicho término posee en España y el resto de Europa, es decir, sanciones directamente impuestas por la administración, en su caso recurribles ante los tribunales. Se trata, más bien, de infracciones legales que conllevan sanciones no penales y por dicha razón adjetivadas como “civiles” (*civil penalties*), cuya aplicación corresponde a los órganos judiciales mediante un procedimiento civil instado por los organismos o agencias públicas a las que se encomienda velar por el cumplimiento de la legalidad medioambiental.

El 21 de enero de 2016 el Juez Breyer nombró a uno de los abogados como encargado de coordinar a las partes actoras (*Lead Plaintiff's Counsel*) no gubernamentales y el Comité Directivo de Demandantes (*Plaintiff's Steering Committee*). Segregó los casos relativos a títulos valores (*securities*), pero ordenó que se tramitasen conjuntamente las acciones individuales y colectivas instadas por los consumidores y las interpuestas por el Departamento de Justicia y el resto de las agencias u organismos federales para la imposición de sanciones por vulneración de la legislación medioambiental. Asimismo, nombró como *Settlement Master* al ex director del FBI, Robert S. Mueller III. El encargo que se confiere a esta figura es, en concreto, intentar aproximar a las partes contendientes para lograr un acuerdo global que ponga fin a la controversia.

Inmediatamente, además, las partes negociaron las actuaciones de *discovery* que debían llevarse a cabo. A tal fin fue preciso pactar un protocolo para gestionar la aportación de una ingente cantidad de documentos basado en una compleja tecnología.

El MDL llegó a comprender 1567 acciones individuales, a parte de las colectivas o de clase. Un número significativo de estos asuntos fueron planteados por propietarios y arrendatarios de vehículos diésel de 2.0 litros y de 3.0 litros, entre los que se contaban tanto personas que todavía estaban en posesión de su vehículo como propietarios o arrendadores en el momento en que presentaron la demanda, como anteriores propietarios y arrendatarios de los vehículos afectados.

Al MDL se transfirieron también numerosas demandas presentadas por concesionarios de franquicias de Volkswagen, así como concesionarios de la competencia que vendían vehículos nuevos y usados y que alegaban daños y perjuicios como resultado del engaño de Volkswagen.

---

<sup>19</sup>. Concretamente contra 6 entidades integrantes del grupo: Volkswagen AG, Volkswagen Group of America, Inc., Volkswagen Group of America Chattanooga Operations, LLC, Audi AG, Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG, y Porsche Cars North America, Inc.

<sup>20</sup>. *Clear Air Act*, 42 U.S.C. §7401 y ss. (1970), con sus enmiendas de 1977 y 1990.

Hubo también reclamaciones individuales formuladas contra las compañías Robert Bosch GmbH y Robert Bosch LLC, que habrían suministrado los ECM (*Electronic Control Module*), incluido el software integrado, fraudulentamente utilizado en los vehículos diésel de 2.0 litros y 3.0 litros de Volkswagen como dispositivo de desactivación.

Numerosos particulares, titulares de valores relacionados con VW, ejercitaron asimismo acciones reclamando indemnizaciones por los daños financieros causados por engaño.

Y, en fin, inicialmente fuera del contexto de MDL, otros particulares presentaron asimismo demandas ante las jurisdicciones de diferentes Estados de la Unión alegando la infracción de normas propias de aquellos Estados. Muchos de dichos procedimientos fueron también transferidos al MDL.

Por lo que respecta a los demandantes de carácter público la División Civil del Departamento de Justicia de los EE. UU. ejercitó, como se ha apuntado, a través del EES, diversas acciones por vulneración de la Ley de Pureza del Aire (CAA) en nombre de la EPA. Además, también interpuso demanda dirigida a sancionar a VW por la violación de otras leyes federales, entre ellas, la Ley de Reforma, Recuperación y Cumplimiento de las Instituciones Financieras de 1989 (FIRREA)<sup>21</sup>, acusando a VW de haber utilizado los mercados financieros norteamericanos para financiar actividades ilegales, en el sentido de contrarias a la normativa medioambiental<sup>22</sup>.

Además de la División Civil del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ahora referida, otras entidades y agencias gubernamentales presentaron también demandas en el MDL:

---

<sup>21</sup>. *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement* (abreviadamente FIRREA, 12 U.S.C. § 1833a), es una ley federal de los Estados Unidos promulgada a raíz de la crisis de ahorro y préstamo de la década de 1980. Con base en dicha ley, por ejemplo, se creó un organismo denominado *Resolucion Trust Corporation* que permitió cerrar cientos de instituciones financieras insolventes y proporcionó fondos para pagar el seguro a sus depositantes. Transfirió la autoridad reguladora de ahorro de la Junta del Banco Federal de Préstamos para el Hogar a la Oficina de Supervisión de Ahorro. Cambió drásticamente la industria de ahorro y préstamo y su regulación federal, alentando la concesión de préstamos. Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Financial\\_Institutions\\_Reform,\\_Recovery,\\_and\\_Enforcement\\_Act\\_of\\_1989](https://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Institutions_Reform,_Recovery,_and_Enforcement_Act_of_1989)

<sup>22</sup>. El Departamento de Justicia afirmaba que Volkswagen AG y Volkswagen Group of America, a través de una filial de esta última (Volkswagen Credit, Inc.), habrían respaldado las ventas y el arrendamiento de ciertos vehículos Volkswagen, incluidos los vehículos con dispositivo de desactivación fraudulento, ofreciendo condiciones financieras competitivas, comprando a los concesionarios que comercializaban los vehículos contratos a plazos de venta minorista (es decir, préstamos) y contratos de arrendamiento suscritos por los clientes, así como también préstamos rotativos (*revolving loans*) contraídos por el concesionario. Estos acuerdos de financiación fueron garantizados principalmente con los vehículos subyacentes a las transacciones de préstamos y arrendamientos (*asset-backed securities*). De este modo se habrían vulnerado las disposiciones de FIRREA dirigidas a impedir la utilización de los mercados financieros para cometer actos fraudulentos y garantizar la estabilidad del sistema financiero de la nación. Véase al respecto la nota informativa del Departamento de Justicia de los EE. UU., de 11 de enero de 2017: <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-agrees-plead-guilty-and-pay-43-billion-criminal-and-civil-penalties-six>

- La Comisión Federal de Comercio (FTC)<sup>23</sup> interpuso demanda por vulneraciones del § 5 (a) Ley de la Comisión Federal de Comercio<sup>24</sup>, reprochando a VW haber engañado a los consumidores al venderles o arrendarles más de 550,000 automóviles diésel afirmando falsamente que los automóviles producían bajas emisiones, eran respetuosos con el medio ambiente y cumplían con los estándares legales en materia de emisiones.
- El Servicio de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos (CBP)<sup>25</sup> instó también la imposición a VW de una serie de sanciones (*civil penalties*) reprochándole haber violado la legislación de aduanas al remitirle intencionalmente declaraciones falsas y omitir información relevante durante varios años con la intención de engañar respecto a la idoneidad de los vehículos para ser comercializados en los Estados Unidos. Como VW, al no revelar a la EPA los dispositivos de desactivación en el momento de la importación, se procuró fraudulentamente los permisos administrativos necesarios para introducir vehículos en los EE. UU., la empresa también habría declarado intencional y falsamente a CBP que los casi 580,000 vehículos importados se ajustaban a las leyes ambientales aplicables en los EE. UU., incurriendo así también en un fraude aduanero.

Por su parte, el Estado de California se mostró formalmente parte en las actuaciones del MDL el 27 de junio de 2016. Su agencia competente para cuestiones relativas a la polución atmosférica (la CARB: *Californian Air Resources Board*) había sido uno de los organismos administrativos que habían investigado con mayor rigor y ahínco las sospechas sobre irregularidades cometidas por VW.

El cúmulo de procedimientos finalizó consensualmente a través de tres grupos de acuerdos, aprobados judicialmente, que incluían transacciones colectivas destinadas a compensar los daños sufridos por los particulares afectados, así como acuerdos concluidos con las agencias medioambientales, el Departamento de Estado de los EE. UU. y el Estado de California, en los que se pactaba el pago de ciertas sumas en concepto de multa o sanción civil y el compromiso por parte de VW de llevar a cabo ciertas actuaciones y atenerse a ciertos deberes de conducta (*injunctive relief*).

La suma que VW hubo de satisfacer por todos los conceptos (indemnizaciones a particulares, multas civiles etc.) superó los 20.000.000.000 \$, que incluía las sanciones más elevadas por ilícitos medioambientales registrada en la historia judicial norteamericana<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup>. *Federal Trade Commission*. Es una agencia independiente del gobierno de los Estados Unidos cuya misión principal es velar por el cumplimiento de la legislación antitrust (no penal) de los Estados Unidos y la protección de los consumidores. La FTC comparte la competencia en lo referente al cumplimiento de la ley federal antimonopolio en los Estados Unidos con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

<sup>24</sup>. *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. § 45 a).

<sup>25</sup>. *Customs and Border Protection*. Es una agencia federal adscrita al Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (*United States Department of Homeland Security*). Es asimismo la principal organización de control de fronteras del país. Se encarga de regular y facilitar el comercio internacional, recaudar aranceles de importación y hacer cumplir la legislación de los EE. UU., incluidos el comercio, las aduanas y la inmigración. CBP es una de las agencias policiales más grandes de los Estados Unidos (cuenta con más de 60.000 empleados).

<sup>26</sup>. CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018, p. 121).

### 3.2. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 2.0 litros (2.0 Settlement)<sup>27</sup>

El primero grupo de acuerdos se refería a los vehículos diésel de 2.0 litros y comprendía una transacción colectiva, así como ciertos acuerdos con las acciones de naturaleza no resarcitoria ejercitadas por las entidades públicas referidas líneas más arriba.

El objetivo de la transacción colectiva era compensar a todos aquellos que estuviesen en posesión o fuesen arrendatarios de un vehículo TDI de 2.0 litros de Volkswagen o Audi (“vehículo elegible”) el 18 de septiembre de 2015 (la fecha en que las denuncias de emisiones se hicieron públicas), o que en el momento de la transacción poseyese un vehículo Volkswagen de la clase concernida, mediante la creación de un fondo de 10.033.000.000 \$ con los que los miembros de la clase serían compensados con arreglo a un cierto programa de liquidación.

La mayoría de los miembros de la clase poseían un vehículo elegible el 18 de septiembre de 2015 y aun conservaban la posesión de dicho automóvil. A éstos se les ofrecían dos opciones: (1) que Volkswagen les comprase el automóvil (recompra, *buyback*) de inmediato, o (2) aguardar a que, eventualmente, las agencias medioambientales competentes aprobasen una modificación del vehículo en relación con el tipo de motor afectado que permitiese adecuarlo a la normativa sobre emisiones y, posteriormente, decidir si vender su automóvil a Volkswagen o aceptar la referida modificación.

Los miembros de la clase que tuviesen arrendado un vehículo elegible el 18 de septiembre de 2015 también podían escoger entre dos opciones: (1) rescindir su arrendamiento sin penalización por rescisión anticipada, o (2) conservar su automóvil y recibir un vehículo modificado que se ajustase a los niveles de emisiones reglamentarias, si así lo aprobaban las agencias medioambientales competentes.

Los miembros de la clase que no se excluyesen de la transacción colectiva recibirían un pago en efectivo además de la recompra o rescisión del arrendamiento o recepción de un vehículo reglamentariamente modificado. Si se excluyesen de la clase, aún podrían obtener un vehículo reglamentariamente modificado, pero no podrían obtener la recompra ni la rescisión del arrendamiento, ni recibirían pago en efectivo de ninguna clase.

De todo el conjunto de potenciales damnificados (entre propietarios y arrendadores, presentes o pasados, concesionarios etc.), correspondientes a más de medio millón de vehículos vendidos por VW, únicamente 3566 particulares decidieron excluirse de la transacción.

Además de la compensación ahora descrita en la transacción colectiva, Volkswagen acordaba con EPA y CARB pagar 2700 millones de dólares para dotar un fondo destinado a financiar programas ambientales en todo el país dirigidos a reducir NOx en la atmósfera en una cantidad igual o mayor que la contaminación causada por los automóviles objeto del proceso. Además, Volkswagen debía invertir 2000 millones de dólares en promover vehículos no contaminantes (“vehículos de

---

<sup>27</sup>. Al respecto puede consultarse la página web de los tribunales del Distrito Norte de California: <https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/final-2-0-1-settlement/>

emisiones cero", "ZEV"), aparte de cualquier cantidad que Volkswagen planease gastar anteriormente en dicha tecnología.

### **3.3. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 3.0 litros (3.0 Settlement)<sup>28</sup>**

El segundo grupo de acuerdos para terminar consensualmente los procesos acumulados se refiere a los vehículos diésel de 3.0 litros y comprende, como el anterior, una transacción colectiva, así como ciertos acuerdos relativos aspectos no resarcitorios pactados con los actores gubernamentales.

En concreto, Volkswagen/Audi/Porsche (todas ellas pertenecientes al mismo grupo empresarial) alcanzaron tres acuerdos en relación con las demandas formuladas contra ellos por no respetar los estándares legales de emisiones en los vehículos diésel TDI de 3.0 litros.

Por lo que se refiere a la transacción colectiva, se acordaba otorgar una compensación básica a todos los miembros de la clase de 3.0 litros, aunque no todos ellos tenían las mismas opciones, porque el acuerdo diferenciaba entre dos "generaciones" de vehículos de 3.0 litros con distintos diseños de motor. Volkswagen creía que no había soluciones prácticas de ingeniería que, sin un impacto negativo en el funcionamiento del vehículo y sin incurrir en dilaciones excesivas, permitieran que los vehículos de la Generación-1 cumplieren con los estándares de emisiones para los que fueron certificados originalmente. Por el contrario, se preveía que los vehículos de la Generación-2 pudiesen ser reparados de modo que cumplieren con los estándares de emisiones de escape certificados sin reducir sustancialmente el rendimiento del vehículo. Consecuentemente, los propietarios o arrendatarios de dichos vehículos podrían optar por dicha reparación.

Como resultado, para los vehículos de la Generación-1, además de cualquier modificación de emisiones reducidas que estuviese disponible, se ofrecía la opción de recompra, canje del vehículo y rescisión del arrendamiento. Las opciones de recompra, canje y rescisión del arrendamiento estarían disponibles también para aquellos con vehículos de la Generación-2 solo si no fuese posible una reparación que permitiese cumplir con las emisiones en un tiempo razonable. Sin embargo, los Miembros de la Clase con vehículos de la Generación-2 no tendrían que esperar hasta que esté disponible dicha posibilidad de reparación para recibir una compensación: podían recibir un pago por adelantado de hasta el 50% de la compensación final.

Independientemente de la generación a la que perteneciesen los vehículos, todos los propietarios y arrendatarios elegibles de vehículos de 3.0 litros que no optasen por excluirse de la clase tendrían derecho a una compensación en efectivo y diversos beneficios adicionales descritos en la transacción. Los antiguos propietarios y arrendatarios elegibles que optasen por participar en la clase también tenían derecho a una compensación sustancial en efectivo.

La suma que finalmente habría de pagar Volkswagen dependía del número de miembros de la clase que presentasen oportunamente sus reclamaciones. Si la reparación que cumplía con los estándares de emisiones estuviese disponible en el momento oportuno para los vehículos de la Generación-2 y el 100% de los miembros de la clase con vehículos de la Generación-1 y de la

---

<sup>28</sup>. Se puede consultar en la siguiente dirección: <https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/final-3-0-1-settlement/>

Generación-2 participasen en la transacción, Volkswagen pagaría hasta aproximadamente 1200 millones dólares de compensación total. Si la referida reparación no estuviese disponible a tiempo para los vehículos de la Generación-2 y el 100% de los Miembros de la Clase con los vehículos de la Generación-1 y la Generación-2 participasen en la transacción, Volkswagen pagaría hasta aproximadamente 4040 millones de dólares en concepto de compensación total.

Además, en virtud del acuerdo antes referido entre VW, el Departamento de Justicia de los EE. UU. y la agencia medioambiental californiana (CARB), Volkswagen había de pagar \$ 225 millones adicionales para mitigar los efectos ambientales del exceso de emisiones de NOx y, por separado, Volkswagen se comprometió a pagar 25 millones de dólares a CARB para promover el uso de vehículos de emisiones cero en California.

El objetivo final de todos estos acuerdos sería compensar a todos los propietarios o arrendatarios de vehículos elegibles de 3.0 litros por cualquier daño que hubiesen sufrido como consecuencia de las infracciones contra la legislación de emisiones, así como mitigar en lo posible los efectos de las emisiones ilegales producidas por los demandantes.

#### **3.4. la transacción colectiva con Bosch (Bosch Class Settlement)<sup>29</sup>**

Las acciones ejercitadas contra Bosch GmbH y Robert Bosch LLC también fueron objeto de una transacción colectiva, en la que se estipulaba que dichas compañías deberían satisfacer 327.5 millones de dólares para resarcir a los perjudicados (propietarios, arrendadores, concesionarios etc.) tanto de vehículos diésel 2.0 litros como diésel 3.0 litros.

### **4. El asunto de la manipulación de los motores diésel de Volkswagen ante la jurisdicción civil alemana.**

#### **4.1. Rasgos esenciales de la regulación de la litigación masiva y de la tutela colectiva en el Derecho alemán.**

Con la parcial excepción del proceso modelo, del que nos ocuparemos más adelante, en el Derecho procesal alemán no se concibe propiamente una legitimación de carácter colectivo, entendida como legitimación (*Klagebefugnis*) o poder de accionar conferido a una persona o pluralidad ellas con abstracción de los miembros individuales del colectivo y con la virtualidad de promover un proceso cuya sentencia vincule a dicho colectivo como tal. Con algunos matices, sólo las concretas personas titulares de los derechos subjetivos en juego están legitimadas para iniciar el proceso, con la excepción, claro está de los casos de legitimación extraordinaria (*Prozessstandschaft*).

En concreto, son completamente desconocidas las acciones colectivas encaminadas reclamar daños dispersos (*Streuschäden*) o masivos (*Massenschäden*), al estilo de las *class actions* norteamericanas, donde el proceso promovido por uno o varios damnificados, previa certificación, por parte del órgano judicial competente, de la acción como *class action*, puede concluir en una sentencia o transacción cuya autoridad de cosa juzgada afecta a todos los damnificados, se hayan o no adherido al proceso, salvo que hayan ejercitado su derecho de separarse de la acción colectiva

---

<sup>29</sup>. Se puede consultar en la siguiente dirección: <https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/bosch-class-settlement-program/>

(*opt out*)<sup>30</sup>. Tampoco se encuentran en Derecho alemán acciones colectivas en su versión *opt in*, es decir, aquellas en que existe la posibilidad de conferir legitimación a un colectivo integrado por personas determinadas que promueven el proceso permitiendo que puedan beneficiarse de los efectos de la sentencia sujetos que no comparecieron en el proceso como partes.

Lo dicho, por supuesto, no significa que no quepa acudir a fórmulas tradicionales, semejantes en todos los ordenamientos de la Europa continental, para “colectivizar” o tratar de encauzar cabalmente reclamaciones colectivas de daños. Eichholz expresa sintéticamente lo dicho con las siguientes palabras: “en Alemania no existe ninguna clase de acción comparable a la *class action*. Existen, no obstante, mecanismos para colectivizar pretensiones procesales. En dicho sentido deben referirse, en primer término, las acciones promovidas por asociaciones (*Verbandsklage*), y entre las mismas, sobre todo, las acciones de cesación (*Unterlassungsansprüche*) en el campo del Derecho de la competencia, del Derecho de las condiciones generales de la contratación y del Derecho de los consumidores. Además, a los anteriores mecanismos hay que añadir el proceso modelo (*Musterverfahren*), que, aunque despliega eficacia de cosa juzgada únicamente *inter partes*, alcanza frecuentemente un ámbito de eficacia semejante al de las acciones promovidas por asociaciones. En el caso de daños masivos, por otra parte, cabe acudir también a mecanismos tales como los de la acumulación de procesos o acciones. Y, finalmente, también se puede acudir a la creación de comunidades de intereses (*Interessengemeinschaften*) a las que se adhieran los damnificados individuales con el objeto de coordinar las reclamaciones”<sup>31</sup>.

El concepto de legitimación procesal en el ordenamiento procesal alemán, en cualquier caso, está predominantemente anclado en su concepción tradicional: fuera de los supuestos de legitimación extraordinaria, sólo posee poder de accionar quien afirma ostentar un derecho subjetivo, y sólo a él le afecta el pronunciamiento judicial que recaiga en el proceso.

Por lo demás, con la única excepción del así denominado proceso modelo en relación con demandas por daños causados a los inversores en los mercados de capital a raíz de informaciones falsas, todas las acciones colectivas previstas en el Derecho alemán han de ser promovidas por asociaciones (*Verbandsklage*). Dentro de éstas, como se ha dicho, se incluyen las acciones de cesación (*Unterlassungsklage*)<sup>32</sup> y ciertas acciones dirigidas a obtener un retorno de las ganancias

---

<sup>30</sup>. Aunque el planteamiento puede haber cambiado parcialmente entre tanto, es muy ilustrativa a este respecto la resolución del *Bundesrat*, de 4 de julio de 2008 (Drucksache 248/08), en el que el órgano parlamentario toma posición frente un Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños en materia de derecho de la competencia de la UE. En dicha resolución, en concreto, se afirma que “no cabe admitir una acción de daños promovida por asociaciones que no excluya una acción de grupo inspirada en el sistema *opt-out*. Tal cosa sería difícilmente compatible con el sistema de ejercicio individual de la acción que rige predominantemente en Alemania y también en el resto de los estados miembros de la UE. En este sentido, cada daño individual debe sustanciarse (alegarse) y probarse con carácter individualizado”. En la doctrina, sin embargo, no todos comparten este parecer. En concreto, FIEDLER (2018, pp.297 y 298) es del parecer que una acción colectiva promovida por una asociación siguiendo el mecanismo de *opt out* no tiene porqué resultar incompatible con los principios constitucionales si se limita a la reclamación de daños bagatelarios y, a parte de la adecuada información a los posibles interesados, se intenta obtener, aunque no se alcance en su completa extensión subjetiva, una compensación directa a los perjudicados. Lo que presentaría objeciones constitucionales sería prescindir abiertamente de la tutela jurídica individual de los perjudicados y referirla a una colectividad.

<sup>31</sup>. EICHHOLZ (2002, p.225).

<sup>32</sup>. Existen tres modalidades de acción de este tipo de acciones, muy semejantes entre sí: (a) las promovidas con fundamento en la ley de competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG*). El § 8

ilícitas, circunscritas todas ellas a ámbitos particulares, concretamente, el consumo y la defensa de la competencia<sup>35</sup>.

En relación con la reclamación de daños, el Derecho alemán también contempla una clase de tutela colectiva, el así llamado proceso modelo, aunque, como se verá, no es en dicho proceso donde los damnificados individuales pueden obtener una concreta compensación, sino en un proceso individual al que el colectivo sirve como antecedente vinculante. Esta modalidad de tutela colectiva (el proceso modelo) se introdujo por primera vez en 2005<sup>34</sup> en relación con acciones de daños causados por informaciones falsas en los mercados de capital (*Kapitalanleger Musterverfahren*). Y volvió a utilizarse, esta vez, con una regulación diferente y abierta a reclamaciones de consumidores en general en 2018 mediante una reforma de la ley procesal civil (*Musterfeststellungsklage, Musterfeststellungsverfahren*). Este es el cauce por el que se está ventilando gran parte de la litigiosidad contra VW, razón por la que más adelante le prestaremos una especial atención.

#### 4.2. Visión panorámica de los procedimientos y acciones judiciales ejercitadas contra Volkswagen en Alemania.

Aunque el escándalo del software manipulador se destapó en los EE. UU. y la legislación europea en materia de control de emisiones resultase considerablemente más laxa que la norteamericana, la indignación de los usuarios y el inicio de las acciones judiciales no se hizo esperar tampoco en Alemania, sin duda con el incentivo que suponían los triunfos judiciales cosechados contra VW al otro lado del océano. En realidad, la reacción se extendió, como es comprensible, a todos los países del mundo en los que VW había vendido los vehículos afectados, pero el impacto del fraude resultó en Alemania, como no podía ser menos, especialmente fuerte por diversas razones. En primer lugar, por tratarse de una compañía con sede en Alemania y no una compañía cualquiera, sino una de las empresas que más poderosamente contribuían a prestigiar la marca *made in Germany* asociándole el prestigio y renombre que la tecnología y la industria alemana gozan en el mundo. En segundo lugar, por tratarse de una compañía accionarialmente dominada por el *Land* de la Baja Sajonia y especialmente ligada al mismo como su principal empleador. Y en tercer

---

UWG confiere a ciertas asociaciones una acción de cesación (concretamente, *auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung*) en relación con prácticas de competencia desleal. (b) Las promovidas con fundamento en la ley de acciones de cesación (*Unterlassungsklagegesetz- UKlaG*): el § 1 UKlaG contempla una acción de cesación semejante a la de la ley de competencia desleal ahora referida en relación condiciones generales de la contratación aplicadas en el tráfico negocial. Y el § 2 UKlaG, por su parte, extiende esta modalidad de acción de cesación a cualquier supuesto en el que se alegue la vulneración de leyes tutelativas de los consumidores (*Verbraucherschutzgesetzen*). (c) Las promovidas con fundamento en la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB*): la acción de cesación se refiere a infracciones contra infracciones al derecho alemán o comunitario de la competencia (§ 33 GWB).

<sup>35</sup>. Aunque es frecuente referirse a acciones de daños (*Schadensersatzansprüche*), se trata propiamente de una acción, prevista en el § 10 UWG, cuyo objeto es exigir al infractor del derecho de la competencia el retorno de las ganancias o beneficios obtenidos mediante el acto antijurídico (*Gewinnausschöpfungsklage*) cuando dichas ganancias provengan de daños dispersos pero bagatelarios (*Streuschäden*) cuya reclamación por parte de los perjudicados individuales, a causa de su escasa entidad, resulte descartable o improbable. La cantidad objeto de la eventual condena no se reembolsa a los perjudicados, sino que se ingresa en las arcas de la federación. La acción posee, pues, un marcado carácter disuasorio (*Abschreckungswirkung*), no resarcitorio. El § 34a GWB (ley contra las restricciones a la competencia) también prevé una acción semejante a la ahora comentada del § 10 UWG (se denomina *Vorteilsabschöpfung durch Verbände*), para el supuesto de que los daños no se hagan valer por los perjudicados individuales.

<sup>34</sup>. *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG* (literalmente: Ley sobre el proceso modelo de inversores de capital). La ley ha sido modificada en 2012 y en 2019.



lugar y sobre todo, porque Alemania es el principal mercado de la compañía y porque se calcula que en el país hay unos 2,4 millones de vehículos afectados por el escándalo<sup>35</sup>.

En cualquier caso, el varapalo judicial en los EE. UU. no supuso un beneficio inmediato para los damnificados alemanes. Si, como se vio, VW mostró en los EE. UU. una actitud obstruccionista y poco inclinada a cooperar, el modo de proceder respecto de los usuarios de su propio país resultó asimismo decepcionante. En vez de avanzarse a los acontecimientos y ofrecer modos de compensación a quienes habían padecido el fraude, prefirió afrontar la avalancha de acciones judiciales y oponerse tenazmente a las reclamaciones, confiando probablemente en alcanzar un acuerdo final que le resultase más favorable.

Entre tanto, la litigiosidad contra VW en Alemania ha ido alcanzado unas proporciones descomunales. Por lo que a los procedimientos civiles respecta, cabe distinguir tres bloques principales, que exponemos a continuación.

1) Por una parte, el 1 de noviembre de 2018 se inició un procedimiento modelo (*Musterfeststellungsverfahren*), es decir una acción colectiva en sentido estricto, ante el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de la Baja Sajonia (con sede en la ciudad de Braunschweig) al que se han adherido más de 400.000 usuarios. Fue instado por la organización de consumidores de nivel federal que agrupa al resto de organizaciones de los Estados, la *vzbv* (*Verbraucherzentrale Bundesverband*) juntamente con la asociación alemana del automóvil ADAC (por cierto, la asociación de dicha clase más importante de Europa). Las sesiones de la vista oral se desarrollaron a partir del 30 de septiembre de 2019.

El 28 de febrero de 2020, los demandantes y VW anunciaron haber alcanzado una transacción extrajudicial mediante la cual los primeros se comprometían a desistir del proceso a cambio de que VW dirigiese a una parte de los consumidores adheridos una determinada oferta indemnizatoria, que éstos podrían aceptar hasta el 20 de abril de 2020<sup>36</sup>. La razón de fijar este plazo es que el 5 de mayo siguiente estaba señalada ante el Tribunal Supremo alemán la vista del primer recurso relacionado con el Dieseldgate. Presumiblemente, VW deseaba evitar sorpresas desagradables (o tal vez fundadas previsiones desfavorables que se han hecho efectivamente realidad) y ofrecía a los consumidores, a cambio de abandonar sus expectativas de un mejor desenlace, el pago de cierta suma, que les sería abonada dentro del plazo de las 12 semanas siguientes. A cambio, los consumidores habían de renunciar a las acciones que pudiesen tener contra VW u otras empresas del grupo, con excepción de aquellas que les pudiesen corresponder si las autoridades medioambientales retirasen en el futuro la autorización administrativa para que circularan en carretera sus vehículos.

El acuerdo beneficiaba sólo a quienes hubiesen adquirido su vehículo hasta el 31 de diciembre 2015, fecha a partir de la cual cabría considerar -se trata de una cuestión controvertida- que la compañía habría informado públicamente de la situación de los vehículos diésel concernidos. De hecho, existe ya un cierto número de pronunciamientos judiciales que desestiman las reclamaciones por vehículos adquiridos tras aquella fecha. También quedaban excluidos del acuerdo los

---

<sup>35</sup>. HEESE (2019, p.429). En todo el mundo, el número de vehículos afectados ascendería a unos 11 millones.

<sup>36</sup>. Puede obtenerse una completa información sobre la transacción en la página web de la *Verbraucherzentrale Bundesverband* (*vzbv*): <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/vergleich-zwischen-vzbv-und-volkswagen-steht-wie-es-jetzt-weitergeht-29738>

adquirentes de vehículos que en la fecha de la adquisición no tuviesen su domicilio en Alemania. En fin, de los más de 400.000 consumidores que se adhirieron al proceso modelo podían acogerse al acuerdo unos 260.000.

Los consumidores que podían beneficiarse de la transacción recibirían una compensación entre 1350 y 6257 €, según el tipo de vehículo y la fecha de su adquisición. Se estima que VW debería abonar unos 830 millones euros en el caso de que la oferta fuese aceptada por los consumidores concernidos. En todo caso, los consumidores que se adhirieron al proceso modelo al que la transacción pone fin podrán ejercitar sus acciones individuales contra VW si no están incluidos en el ámbito subjetivo del acuerdo o si, estándolo, lo rechazan. El plazo de prescripción de dichas acciones quedó en suspenso desde que se inició el proceso modelo (§ 204.1.1a BGB).

2) Según los datos hechos públicos por la organización que agrupa a las compañías aseguradoras alemanas (*Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft*), hacia finales de 2018, unos 144.000 compradores de vehículos habían hecho uso de su seguro de asistencia jurídica en relación con reclamaciones dirigidas contra fabricantes de coches y concesionarios que ascendían a unos 3300 millones de euros. Se trata de un dato que permite realizar una estimación aproximativa pero muy cercana a la realidad del número de reclamaciones individuales presentadas contra VW en los tribunales de los *Länder*<sup>37</sup>. En cualquier caso, son muy numerosas las sentencias recaídas en los tribunales de instancia resolviendo sobre reclamaciones individuales, la mayoría en sentido estimatorio.

3) Además, muchos usuarios han acudido al mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones (*Inkassoession*) para obtener una satisfacción por los daños sufridos. Mediante este mecanismo, al que prestaremos atención más adelante, empresas como *Financialright GmbH* ejercitó acumuladamente las acciones derivadas de los derechos cedidos por 45.000 compradores de vehículos diésel. Otra empresa especializada, *myRight*, juntamente con un despacho de abogados norteamericano (*Hausfeld*), se convirtieron, a través de una plataforma electrónica, en los cesionarios de unos 40.000 afectados<sup>38</sup>.

Ha sido precisamente una demanda promovida por la referida plataforma *myRight*, que trae causa de la compra de un vehículo del modelo VW *Sharan*, la que ha desembocado, tras recorrer las correspondientes instancias judiciales previas, en un pronunciamiento del Tribunal Supremo alemán, fechado en el pasado 25 de mayo de 2020<sup>39</sup>, en el que se confirma la sentencia condenatoria dictada contra VW en segunda instancia<sup>40</sup>, y mediante el que se ha dado respuesta a las principales cuestiones de fondo sobre la responsabilidad de la empresa automovilística en el asunto que nos ocupa, creando así el precedente judicial de cuyo efecto clarificador pueden beneficiarse el resto de asuntos pendientes ante los tribunales.

---

<sup>37</sup>. HEESE (2019, p.431). Otro dato significativo al respecto es que, según la editorial Juve, la facturación de las 50 firmas de abogados más grandes de Alemania aumentó en 2019 un promedio de 9.9 % en comparación con el año anterior. La facturación de las firmas de abogados que intervienen en el asunto de VW aumentó en un promedio de 14.2 %. Cfr. Diario *Die Welt*, *Der Fall Volkswagen füllt die Kassen der großen Kanzleien*, <https://www.welt.de/wirtschaft/article205403887/Volkswagen-Dieselskandal-treibt-Umsaetze-der-Wirtschaftsanwaelte-an.html?wtrid=onsite.onsite>, 28 de enero de 2020. De hecho, 18 de los 50 despachos de abogados más grandes de Alemania intervienen en el asunto VW.

<sup>38</sup>. <https://www.test.de/Abgasmanipulation-bei-VW-US-Kanzlei-startet-deutsche-Sammelklage-4982816-0/#id5386926>. La noticia está datada a 30 de agosto de 2019.

<sup>39</sup>. VI ZR 252/19.

<sup>40</sup>. Dictada por el *Oberlandesgericht* de Coblenza, sentencia de 12 de junio de 2019 (5 U 1318/18).

A continuación, paso a ocuparme de los aspectos más relevantes de modalidades de litigación en relación con el asunto del fraude de los motores diésel.

### 4.3. El proceso modelo (*Musterfeststellungsverfahren*) contra Volkswagen.

#### a) Aspectos esenciales del proceso modelo en materia de consumo regulado en los §§ 606 a 614 ZPO.

El 1 de noviembre de 2018 entró en vigor el proceso modelo en materia de consumo que ha sido empleado para exigir responsabilidad a VW y que se ubicó en los §§ 606 a 614 ZPO. De hecho, se trata de una ley impulsada por las autoridades alemanas para dar una respuesta al clamor de los afectados por el escándalo de los vehículos diésel manipulados, razón por la que se ha hecho común referirse a ella como *Lex Volkswagen*<sup>41</sup>.

Como se dijo líneas más atrás, el legislador alemán es fuertemente reacio a establecer una verdadera legitimación colectiva en relación con la exacción de daños individuales masivos y muestra una abierta e indisimulada aversión a cualquier a cualquier innovación que se asemeje a las *class actions* norteamericanas, sin duda temeroso de que se desarrolle en Alemania una industria del litigio (*Klageindustrie*) que traslade a su territorio los abusos tan frecuentemente denunciados en EE. UU. Temor al que tampoco resulta precisamente extraño el afán de proteger a la propia industria nacional.

La máxima concesión que el ordenamiento alemán ha realizado en este campo es precisamente la introducción de este proceso modelo (*Musterfeststellungsklage* o también *Musterfeststellungsverfahren*). A través de este cauce procesal, ciertas entidades especialmente cualificadas pueden solicitar la declaración de que concurren o no los presupuestos fácticos o jurídicos necesarios para el éxito de ciertas pretensiones (o la existencia de una relación jurídica) entre los miembros de un grupo de consumidores y una empresa<sup>42</sup>. La clarificación de la concurrencia de dichos presupuestos fácticos o jurídicos es lo que el legislador denomina *Feststellungsziele*, lo que con una traducción libre podríamos denominar “objetivos de la declaración” o, quizá mejor, “puntos objeto de clarificación”. Por lo demás, basta con acreditar para que se admita la petición inicial que las pretensiones o las relaciones jurídicas de 10 o más consumidores dependen de la clarificación de dichos puntos [§ 606 (2) 2 ZPO]. Una vez realizado el anuncio oficial haciendo pública la petición de proceso modelo, se inicia un periodo que dura hasta el inicio de la primera comparecencia<sup>43</sup> en el que pueden adherirse al proceso consumidores individuales inscribiéndose en el registro de acciones modelo (*Klageregister*) [§ 608 (1) ZPO]. Para que el proceso modelo pueda tramitarse, es preciso que en los dos meses siguientes al anuncio público de la petición de incoación de proceso modelo se adhieran al mismo 50 consumidores inscribiéndose en el referido registro [§ 606 (3) 3 ZPO].

<sup>41</sup>. Así, por ejemplo, STADLER (2018, p. 793).

<sup>42</sup>. § 606 (1) ZPO: *Mit der Musterfeststellungsklage können qualifizierte Einrichtungen die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren.*

<sup>43</sup>. *Früher erste Termin* (§ 275 ZPO). Se trata de una comparecencia preparatoria, que guarda cierta semejanza con la audiencia previa al juicio de los arts. 414 y ss. LEC.

Los §§ 32c ZPO y 119 (3) GVG otorgan competencia exclusiva para conocer del procedimiento modelo al tribunal superior del *Land* (*Oberlandesgericht*) en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado.

Desde que se inicia la pendencia del proceso modelo con la oportuna petición, no pueden admitirse ya contra el demandado otras acciones modelo cuyo objeto coincida con la materia y con los mismo puntos objeto de clarificación (*Feststellungsziele*) [§ 610 (1) ZPO]. Asimismo, durante la pendencia del proceso modelo tampoco cabrá que los consumidores adheridos formulen contra el empresario acciones individuales relativas a la materia o a los mismo puntos objeto de clarificación que son objeto del proceso modelo [§ 610 (3) ZPO].

Como se habrá observado, las partes procesales en el proceso modelo son la entidad cualificada que lo promovió y el empresario demandado. Los consumidores que se adhieren mediante la inscripción en el registro correspondiente no poseen dicha condición y ni siquiera pueden personarse en el proceso como intervinientes [§ 610 (6) ZPO].

El legislador ha contemplado la posibilidad de que las partes concluyan una transacción, a la que somete a ciertas reglas (§ 611 ZPO). En primer lugar, el apartado segundo del precepto especifica el contenido que necesariamente ha de tener el arreglo y señala, concretamente, que debe especificar las prestaciones que se acuerden a favor de los consumidores adheridos, el modo en que dichos consumidores han de acreditar la condición de beneficiarios de dicha prestación, en qué condiciones decaen las referidas prestaciones, así como el modo de distribución de las costas entre las partes.

La transacción debe ser aprobada por el tribunal, cosa que hará cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, la considere un modo razonable de pacificar la controversia o de afrontar la incerteza sobre las pretensiones o la relación jurídica litigiosa<sup>44</sup>. Para que la transacción aprobada judicialmente resulte eficaz es preciso que no ejerciten su derecho a separarse de ella el 30% o más de los consumidores adheridos, que disponen del plazo de un mes desde que se les notifica la aprobación judicial para manifestarse en dicho sentido. Una vez que la transacción deviene eficaz por no haberse llegado o superado el referido porcentaje de consumidores disconformes, lo dispuesto en ella surte efectos tanto a favor como en contra de los consumidores adheridos que no ejercitaron su derecho a separarse del arreglo.

En el su apartado 6º, el referido § 611 ZPO establece también que no cabe concluir una transacción antes de la comparecencia equivalente a nuestra audiencia previa al juicio. Se trata de evitar que pueda concluirse una transacción cuando aún no se han clarificado mínimamente los términos o perfiles de la controversia, lo que podría resultar beneficioso para los intereses particulares de los abogados y del demandado e incluso de un tribunal sobrecargado de trabajo, pero perjudicial para los consumidores, pues dicha clarificación inicial podría arrojar prometedoras esperanzas de una sentencia más beneficiosa que una transacción que, por lo demás, sería muy difícil concluir de modo razonable faltando dicha clarificación. Pero, sobre todo, si se tiene en cuenta que los consumidores pueden adherirse al procedimiento hasta el inicio de dicha comparecencia

---

<sup>44</sup>. § 611 (3) ZPO: (...) *Das Gericht genehmigt den Vergleich, wenn es ihn unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes als angemessene gütliche Beilegung des Streits oder der Ungewissheit über die angemeldeten Ansprüche oder Rechtsverhältnisse erachtet* (...).

inicial preparatoria, concluir una transacción con anterioridad a la misma podría implicar privar a algunos consumidores de participar en ella.

El § 613 (1) ZPO dispone que la sentencia recaída en el proceso modelo vincula a los tribunales de otros procesos que hayan de pronunciarse sobre una controversia entre el consumidor que se adhirió al procedimiento y el empresario en la medida en que la decisión en este posterior litigio esté relacionada con los puntos objeto de clarificación (*Feststellungsziele*) establecidos en la sentencia del proceso modelo, siempre, claro está, que el consumidor no se hubiese apartado del procedimiento<sup>45</sup>.

*b) Inconvenientes del proceso modelo para procurar adecuadamente la satisfacción de los perjudicados puestos de manifiesto en el Dieselgate.*

Lejos de concitar simpatías, la técnica del proceso modelo para articular reclamaciones masivas, y concretamente el modo en el que se ha plasmado en los §§ 606 y ss. ZPO, está siendo en Alemania objeto de considerable crítica. Varios son los inconvenientes que se achacan a dicha técnica, como ha puesto de manifiesto en el asunto de los vehículos diésel VW.

- En primer lugar, la principal falta de atractivo del proceso modelo radica en que no proporciona una satisfacción directa a los perjudicados ya que, pese a no haber de litigar nuevamente sobre las cuestiones fácticas o jurídicas clarificadas por la sentencia recaída en el proceso modelo, precisan aún acudir a un proceso declarativo individual para hacer valer su derecho, lo que implica una molestia o inconveniente que, razonablemente o no, muchos consumidores no están dispuestos o no están en condiciones de afrontar<sup>46</sup>. Acudir a la cesión fiduciaria del derecho a la indemnización, en los términos que más tarde se expondrán, puede resultar, en este sentido, mucho más atractivo. Aunque implica probablemente cobrar menos, asegura con mayor efectividad el cobro de una parte de la indemnización idealmente adecuada sin mayores engorros y en un tiempo previsiblemente mucho más reducido.

- En cualquier caso, parece que el proceso modelo tampoco permite cumplir de un modo satisfactorio la función de descargar o aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Éstos, en efecto, no podrán ahorrarse la lluvia de acciones individuales subsiguientes a una sentencia estimatoria del proceso modelo. Es posible que el legislador confiase en que la empresa demandada trataría con frecuencia de alcanzar un acuerdo transaccional para poner fin a la controversia. No sin fundamento, sin embargo, se ha defendido que faltan los incentivos necesarios para motivar a los demandados a actuar en esa dirección<sup>47</sup>. Si la transacción no confiere un título ejecutivo, sino que únicamente habilita a sus beneficiarios a acudir a un proceso declarativo para obtener la satisfacción individual de sus derechos, la empresa carece de incentivos poderosos para intentar dicha transacción. Le compensa aguardar a su eventual condena. Entonces comprobará qué número exacto de consumidores pretenden demandarla sobre la base de los puntos clarificados por la sentencia recaída en el proceso modelo. Quizá entonces estará interesada en algún tipo de

---

<sup>45</sup>. § 613 (1) ZPO: *Das rechtskräftige Musterfeststellungsurteil bindet das zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem Beklagten berufene Gericht, soweit dessen Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft. Dies gilt nicht, wenn der angemeldete Verbraucher seine Anmeldung wirksam zurückgenommen hat.*

<sup>46</sup>. En este sentido, HEESE (2019, pp.433 y ss.) y STADLER (2018, p.795).

<sup>47</sup>. En este sentido, STADLER (2018, pp.799 y 800) y HEESE (2019, p.436).

transacción o acuerdo. En ese caso, sin embargo, los consumidores individuales estarían solos, puesto que habría expirado el mandato de las entidades que promovieron el proceso modelo y habrían perdido toda facultad para intervenir en las actuaciones.

Stadler critica, en este sentido, que el legislador no haya seguido el ejemplo de la legislación holandesa, como sí han hecho países como Francia, Inglaterra/Gales, Bélgica o Eslovaquia, permitiendo una transacción colectiva extrajudicial<sup>48</sup>. Pese a la falta de previsión legal en dicho sentido, sin embargo, en el caso que nos ocupa VW y las entidades de consumidores que promovieron el proceso han alcanzado, como se vio, un acuerdo extrajudicial mediante el que la compañía ha realizado a cada afectado ofertas individuales, expresando las cantidades que está dispuesta a satisfacer como indemnización y concretando, además, una fecha de pago para el caso de aceptación. De este modo, los consumidores han podido obtener un reconocimiento de su derecho a la indemnización.

- En el caso VW también se ha criticado la conveniencia del foro legal [§§ 32c ZPO y 119 (3) GVG] que atribuye la competencia territorial para conocer del proceso modelo a los tribunales superiores del *Land* (*Oberlandesgerichte*, OLG) donde radique la sede de la empresa demandada. En el caso de VW, el *Land* de la Baja Sajonia posee un decisivo control accionarial sobre la empresa, que, a su vez, como se dijo, es el principal empleador del Estado federal, hasta el punto de que una eventual catástrofe de aquella podría redundar en una verdadera debacle económica de la región<sup>49</sup>. El hecho de que el Tribunal Superior de la Baja Sajonia, con sede en la ciudad de Braunschweig, se haya pronunciado a favor de VW en varias reclamaciones individuales manteniendo un criterio claramente diferente del sustentado por la inmensa parte de los tribunales superiores del país, no contribuye a disipar las dudas sobre la idoneidad de dicho tribunal para resolver sobre el proceso modelo contra VW<sup>50</sup>.

- Por otra parte, también ha sido objeto de crítica el hecho de que, para adherirse al proceso modelo y beneficiarse de sus efectos sea preciso poseer la condición de consumidor<sup>51</sup>. De este modo, por ejemplo, pequeños empresarios o trabajadores autónomos que habían adquirido o tomado en leasing vehículos diésel de VW para desarrollar su negocio se ven privados de obtener la tutela de sus derechos en las mismas condiciones que los consumidores cuando la situación de desprotección en que se hallan frente a la gran empresa es similar o idéntica a la de la mayor parte de los consumidores.

- En otro orden de cosas, las condiciones impuestas por la ley para que una entidad quede legitimada para promover un proceso modelo se han considerado excesivamente exigentes o elevadas<sup>52</sup> y aunque en el caso del asunto de VW fueron ampliamente satisfechas, también es cierto que se reduce de modo muy drástico el espectro de posibles actores o incluso de la creación de

---

<sup>48</sup>. STADLER (2018, pp.799 y 800) y HEESE (2019, p.436).

<sup>49</sup>. HEESE (2018, p.434).

<sup>50</sup>. Ibidem.

<sup>51</sup>. En este sentido STADLER (2018, p.799) y HEESE (2019, pp.434 y 435).

<sup>52</sup>. Por ejemplo, el § 606 (1) ZPO exige, entre otros aspectos, que formen parte de la entidad como miembros al menos 10 asociaciones pertenecientes al ramo o ámbito de que se trate y que lleve cuatro años inscrita en el registro de entidades legitimadas para interponer acciones de cesación (Reglamento UE 2009/22, de 23 de abril).

entidades dotadas de suficiente solidez o solvencia técnica y económica para afrontar el proceso, tal vez promovidas o participadas por los propios afectados<sup>53</sup>.

#### 4.4. La articulación procesal de reclamaciones individuales masivas a través de la cesión fiduciaria de derechos (*Inkassozession*).

Un modo de articular procesalmente reclamaciones masivas de damnificados particulares sin acudir a mecanismos de tutela colectiva propiamente dicha consiste en que los afectados cedan sus derechos a cobrar la indemnización a una entidad especializada a cambio de un precio basado en un porcentaje de la cantidad reconocida tras un eventual desenlace exitoso del proceso. Un ingente número de las reclamaciones contra VW en Alemania se están canalizando a través de esta técnica<sup>54</sup>. La aplicación de *Legal Tech*, es decir, el uso de tecnologías de la información diseñadas exprofeso para el ámbito jurídico (sobre todo ciertos softwares especiales), pueden facilitar enormemente la cesión en los términos descritos de un número de créditos ingente y canalizar de modo rentable y eficaz reclamaciones masivas. La entidad habría calibrado las expectativas procesales de éxito y concluido que debía obtener el correspondiente beneficio económico, aunque probablemente los cedentes individuales acabarían recuperando una parte considerablemente limitada de su crédito.

Stadler explica cómo en Alemania la defectuosa regulación en materia de acciones colectivas ha llevado a la proliferación de un mercado de empresas especializadas en la exacción de derechos ajenos siguiendo dicho modelo (*Rechtsverfolgungsgesellschaften, Inkassogesellschaften*), tales como *Cartel Damage Claims, myRight, Flightright o Financialright GmbH* cuyo modelo de negocio de basa en la cesión (*Abtretung*) de la titularidad de los créditos individuales de una pluralidad de consumidores con vistas a su reclamación judicial por parte de la entidad cedataria (*Inkassozession*). Se trata de un negocio fiduciario en virtud del cual los cedentes pierden la titularidad del crédito o prestación en sentido jurídico, pero la mantienen en el sentido económico, ya que el cedatario se compromete a devolver la suma obtenida una vez descontado el porcentaje estipulado con el cedente. De este modo se ha ido abriendo camino una remuneración dependiente del éxito procesal (*erfolgsabhängige Entlohnung*), eludiendo la prohibición de pactar los honorarios según el resultado del pleito (pacto de *quota litis*), ya que dicha interdicción afecta sólo a los honorarios de los abogados, pero no a las sociedades que pactan el precio de la cesión del crédito y que en muchas ocasiones están constituidas y son gestionadas precisamente por abogados. Además, es frecuente que el cliente pague entre el 25 y el 30% de la suma recuperada de su crédito, y, por si fuera poco, a raíz de cierta jurisprudencia reciente en materia de cesiones de crédito para su exacción procesal, la entidad cedataria que promueve el proceso como actora se ve obligada a prestar una caución para afrontar la eventual condena en costas (*Prozesskostensicherheit*) de todas las instancias en caso de desestimación de sus pretensiones<sup>55</sup>.

Mientras no se regule adecuadamente un verdadero sistema de tutela judicial colectiva, sin embargo, la cesión fiduciaria en los términos descritos se está demostrando en la práctica como un

---

<sup>53</sup>. En este sentido también, HEESE (2018, pp.434 y ss.) y STADLER (2018, p.801).

<sup>54</sup>. Sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán y el Tribunal Constitucional de dicho país afirmando la constitucionalidad y legalidad de la actividad desarrollada por dichas empresas especializadas en la exacción de créditos cedidos fiduciariamente para su reclamación (*Inkassozession*), véase el trabajo de STADLER (2020, pp.321 y ss.).

<sup>55</sup>. STADLER (2018, p. 799 y 2014, pp.613 y ss.).

sucedáneo o alternativa atractiva para percibir cuando menos una cierta satisfacción de los daños<sup>56</sup>.

Como ya se dijo, en el asunto contra VW que nos ocupa, el mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones para obtener una satisfacción por los daños sufridos ha cosechado un éxito más que notable. Más en concreto, como también se refirió más arriba, mediante este mecanismo empresas como *Financialright GmbH* o *myRight* se convirtieron, a través de sus plataformas electrónicas, en los cesionarios de miles de afectados (véase 4.2. anterior).

#### **4.5. Un discutible modo de proceder: la publicación de “resoluciones judiciales indicativas” (*Hinweisbeschlüsse*) como medio de sentar criterios jurídicos uniformes cuando el desistimiento de los recursos impide la formación de un verdadero precedente jurisprudencial.**

En Alemania, como en España, la jurisprudencia emanada de los altos tribunales y especialmente del Tribunal Supremo, no genera efectos vinculantes respecto de los tribunales infraordenados. De facto, sin embargo, el criterio jurisprudencial sentado por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es habitualmente respetado y seguido por los órganos judiciales de los escalones inferiores y posee, por lo tanto, una indudable utilidad para proporcionar seguridad jurídica y certeza en el desarrollo de las relaciones jurídicas.

En el Dieselgate, la resolución sobre el fondo del asunto exigía tomar posición sobre cuestiones de cierta complejidad cruciales para resolver sobre la responsabilidad civil de VW, así como sobre la extensión de ésta<sup>57</sup>. La falta de un criterio jurisprudencial uniforme al respecto ha representado un factor de primer orden para disuadir a muchos consumidores de ejercitar acciones individuales, aunque es verdad que adherirse al proceso modelo es totalmente gratuito y que muchos de los afectados son titulares de seguros asistencia jurídica que cubren los gastos derivados de una reclamación judicial. Pero, sobre todo, hay que observar que la falta de un criterio jurisprudencial uniforme reviste en los casos de la litigación masiva como el presente especial gravedad, pues la fragmentación o diversidad de respuestas judiciales ante hechos idénticos o muy similares puede alcanzar unas dimensiones completamente intolerables.

El caso es que respecto de muchas cuestiones jurídicas de fondo concernidas en el Dieselgate el anhelado criterio jurisprudencial unificador, propiciado por la referida sentencia del Tribunal Supremo alemán de 25 de mayo de 2020, ha tardado un tiempo considerable en ver la luz. Y es que el proceso modelo, por su complejidad, no es un cauce idóneo para posibilitar un pronunciamiento casacional dentro de un horizonte temporal razonable. Y por lo que respecta a los procesos individuales culminados con sentencias susceptibles de casación, VW ha conseguido durante un dilatado periodo de tiempo evitar un pronunciamiento jurisprudencial de la más alta judicatura federal alcanzando transacciones con los interesados y provocando así el consiguiente desistimiento y abandono de los recursos, hasta que el asunto promovido por *myRight* consiguió superar la barrera de la admisión del recurso y desembocar en un pronunciamiento sobre el fondo. Lo más probable es que el recurso se interpusiese estratégicamente para provocar la emisión de un parecer jurisprudencial favorable y así hacer prosperar los miles de reclamaciones individuales agrupadas y promovidas conjuntamente por la referida empresa de servicios jurídicos. Como

---

<sup>56</sup>. STADLER (2020, p.325).

<sup>57</sup>. Un interesante repaso de dichas cuestiones y del estado de la jurisprudencia que va produciéndose en los procesos seguidos contra VW, puede encontrarse en HEESE (2020, pp.178 y ss.).



se ha visto, la inminencia de dicho pronunciamiento ha servido también para acelerar una negociación y la obtención de una transacción extrajudicial en el procedimiento modelo.

El caso es que el Tribunal Supremo, ansioso por expresar su autorizado criterio y dispersar así la bruma de la incertidumbre jurídica, antes de dictar la sentencia de 25 de mayo de 2020, tomó decididamente la delantera acudiendo a un mecanismo tan novedoso e insólito como de dudosa corrección jurídica y discutible conveniencia. Se trata de la publicación de una resolución interlocutoria dictada con base en las facultades judiciales de ordenación material del proceso previstas en la ZPO. Trataré de explicarlo brevemente.

El § 139 ZPO establece una responsabilidad conjunta del tribunal y de las partes en la clarificación o delimitación de los términos fácticos y jurídicos de la controversia, lo que vale tanto para la primera instancia como para los recursos. El tribunal, lejos de observar una actitud pasiva, debe implicarse activamente en aclarar los términos -por lo que aquí interesa- jurídicos de la controversia, formulando preguntas a las partes, pidiéndoles aclaraciones o discutiendo con ellas el planteamiento de las cuestiones jurídicas de fondo con el objeto de perfilar o concretar los términos del debate. Amparado en esta facultad de ordenación material del proceso, el Tribunal Supremo alemán en ocasiones dirige a las partes indicaciones mediante resoluciones interlocutorias (lo que en libre traducción podríamos denominar “resoluciones indicativas” o “autos de indicación”: *Hinweisbeschlüsse*), en los que, advirtiendo de que no se trata de su criterio definitivo, se da una respuesta directa a las cuestiones jurídicas de fondo debatidas en el proceso. Asimismo, se dota a dichas resoluciones de la misma publicidad que a las sentencias, de modo que puedan llegar al conocimiento general y ser fácilmente accesibles a todo el público. En fin, esta práctica está cosechando un éxito clamoroso y se han sumado entusiásticamente a ella numerosos tribunales superiores de los *Länder*.

Concretamente, en el caso contra VW que nos ocupa en este trabajo, el Tribunal Supremo hizo pública el 8 de enero de 2019 una resolución indicativa del tipo expuesto<sup>58</sup>, en la que expresó el parecer de la sala respecto de los puntos jurídicos controvertidos que precisaban ser clarificados para resolver las reclamaciones pendientes contra la compañía, advirtiendo siempre que se trataba de una opinión provisional<sup>59</sup>. Como decía antes, el ejemplo cundió, y numerosos tribunales superiores de *Länder* utilizaron también el referido cauce para dar a conocer su “parecer provisional” sobre los puntos jurídicos controvertidos en los procesos seguidos ante ellos contra VW<sup>60</sup>.

En la doctrina no faltan voces que aplauden el referido modo de proceder del alto tribunal al considerarlo útil para contrarrestar las tácticas procesales (desistimientos bien remunerados que satisfacen con creces el interés individual del recurrente) tendentes a evitar la producción de

---

<sup>58</sup>. BGH, Hinweisbeschluss v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17. Se puede consultar en la dirección electrónica de internet que ahora se indica: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VIII%20ZR%20225/17&nr=92892>

<sup>59</sup>. Concretamente, la formula que utiliza el tribunal es la siguiente: “Tras un enjuiciamiento jurídico provisional, realizado con vistas a la preparación de la vista oral, de las cuestiones de Derecho previsiblemente relevantes para resolver el recurso y que no han sido tratadas de modo completo en los escritos de alegaciones, la Sala hace públicas las siguientes indicaciones...” (*Der Senat erteilt nach vorläufiger rechtlicher Beurteilung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung bezüglich der voraussichtlich entscheidungserheblichen Rechtsfragen, die in den im Revisionsverfahren eingereichten Schriftsätzen teilweise noch nicht hinreichend behandelt worden sind, folgende Hinweise...*).

<sup>60</sup>. Al respecto, véase VOß (2020, p.287).

criterios jurisprudenciales unificadores en materias de gran relevancia social<sup>61</sup>. Sucede, sin embargo, que mientras la necesidad de publicar las sentencias y ciertas resoluciones finales posee un claro fundamento constitucional, no sucede lo mismo respecto de otras resoluciones adoptadas por el Tribunal Supremo y menos en el caso de puras resoluciones de ordenación procesal<sup>62</sup>. Por dicho motivo, algún autor aboga por una modificación legislativa que establezca claramente el deber de publicar tales resoluciones e incluso recomienda que se habilite al tribunal Supremo para pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas objeto de recurso aunque la parte recurrente desista del mismo, cuando considere que la clarificación de dichas cuestiones reviste interés general, y siempre en el bien entendido de que dicho pronunciamiento, que sólo se justificaría en casos de especial trascendencia, se limitaría a establecer un criterio jurídico general, no ceñido al caso planteado por el recurrente desistido y absteniéndose de resolver sobre la concreta controversia objeto del proceso<sup>63</sup>.

VofS ha analizado rigurosamente la cuestión y ha expuesto de modo convincente las razones por las que aconseja abandonar el modo proceder ahora expuesto, con en el que el Tribunal Supremo y los más altos tribunales del país tratan de cumplir su función de suministrar criterios uniformes y seguros para el correcto desarrollo del tráfico jurídico cuando el acceso de los asuntos a la casación se vea impedida o retrasada por la acción operadores jurídicos que ostentan una prominentemente posición económica<sup>64</sup>. A parte de los argumentos vinculados a la regulación de la ZPO<sup>65</sup>, en los que no se va a abundar aquí, la autora rechaza que tales pronunciamientos provisionales puedan justificarse acudiendo a la función nomofiláctica que el legislador atribuye a la casación, ya que es dicho legislador quien debe definir en qué términos y medida puede el Tribunal Supremo ejercer dicha función, sin que el alto tribunal pueda irrogarse la facultad de ejercerla de modo diferente<sup>66</sup>.

Además, la exteriorización de opiniones jurídicas provisionales dirigidas a las partes para encauzar el debate en modo alguno podría resultar un modo adecuado de desarrollar la referida función nomofiláctica. No sólo por su inherente variabilidad o falta de estabilidad, sino también porque existe el riesgo de que lo provisional y variable sea considerado por los órganos jurisdiccionales inferiores como criterio consolidado y estable. Como observa la autora, la experiencia ha demostrado que los tribunales de instancia han ido asumiendo y aplicando en sus resoluciones sobre el asunto de VW los criterios expresados en los autos indicativos sin ni siquiera mencionar su provisionalidad, es decir, como si se tratase verdaderos precedentes jurisprudenciales.

Por lo demás, la publicidad y el fuerte impacto mediático que dichos enjuiciamientos provisionales podrían producir no haría sino ejercer un perverso efecto psicológico sobre el tribunal llamado a pronunciarse definitivamente obre el asunto, acaso dificultando un eventual cambio de

---

<sup>61</sup>. Así, por ejemplo, HEESE (2018, p.438). En el mismo sentido GSELL (2020).

<sup>62</sup>. Al respecto, véase VOß (2020, pp.290 y ss.).

<sup>63</sup>. GSELL (2020, p. 26).

<sup>64</sup>. VOß (2020, pp.290 y ss.).

<sup>65</sup>. El § 139 ZPO no proporciona cobertura a pronunciamientos de ese tipo, sino que se limita a facultar al tribunal a advertir a las partes de la existencia de puntos de vista jurídicos que les han pasado desapercibidos, que claramente hayan considerado irrelevantes, o que el tribunal valore de modo distinto que las partes. Se trata, en definitiva, de aclarar los términos de la controversia y de permitir la aplicación de la máxima *iura novit curia* sin sorprender a las partes causándoles indefensión. Lo que no permite el precepto es avanzar el enjuiciamiento jurídico sobre el fondo del asunto. VOß (2020, p.288).

<sup>66</sup>. VOß (2020, p.291).

criterio una vez finalizada la tramitación del recurso, haciendo así inútiles e ineficaces las alegaciones y argumentos de las partes (en definitiva, el ejercicio de su derecho de defensa) durante la tramitación del recurso<sup>67</sup>. Por lo demás, la autora advierte en que algunas de las resoluciones indicativas emanadas por los tribunales de rango superior en los procesos seguidos por reclamaciones contra VW se omite incluso cualquier motivación para fundamentar el punto de vista jurídico, lo que no hace sino reafirmar la falta de idoneidad de dichas indicaciones para suplantar a la jurisprudencia en sentido estricto y cumplir la finalidad unificadora y generadora de seguridad jurídica inherente a la misma<sup>68</sup>.

## 5. Observaciones comparativas y conclusiones.

Una vez expuestas las coordenadas legales en las que se enmarca la litigación masiva en los EE. UU. y en Alemania y estudiado el desarrollo de los procedimientos seguidos en ambos países en relación con los dispositivos de desactivación instalados clandestinamente en varios modelos diésel de VW estamos en condiciones de realizar ciertas observaciones y formular algunas conclusiones.

1) Si se atiende puramente a los resultados tangibles, la primera impresión que se obtiene tras estudiar el desarrollo del caso en ambos países es que el sistema de litigación colectiva en los EE. UU. parece haberse revelado más efectivo que en Alemania. Desde el inicio de las actuaciones en los EE. UU. hasta su culminación mediante los correspondientes acuerdos y transacciones han transcurrido solo tres años, en los cuales se ha ventilado casi en su integridad la litigiosidad relativa al asunto, tanto la referente a las consecuencias civiles, como la concerniente a las sancionatorias. En Alemania, sin embargo, aunque hasta la fecha han llegado a buen término numerosas reclamaciones individuales, el proceso colectivo al que se adhirieron más de 400.000 usuarios no ha finalizado sino en fecha muy reciente (febrero de 2020) con una transacción extrajudicial y el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo, con valor de precedente jurisprudencial, no ha tenido lugar hasta el pasado 25 de mayo de 2020. Si se compara con la situación en los EE. UU., la mayor demora se debe en buena parte a que hasta 2018, fecha en la que se introdujo en la ZPO un proceso modelo abierto a toda clase de reclamaciones de consumo, no existía en Alemania el cauce procesal necesario para tramitar una verdadera acción colectiva. En cualquier caso, un elevado porcentaje de los consumidores adheridos al procedimiento (casi 200.000) no ha podido acogerse a dicha transacción y habrá de probar fortuna individualmente.

Además, por mucho que se llegase a un considerable número de litigantes adheridos al proceso modelo promovido por vzbv y ADAC, y pese a los numerosos procesos individuales y varios miles de usuarios de vehículos que han cedido sus derechos fiduciariamente a ciertas entidades especializadas, se calcula que el total de vehículos afectados en Alemania ascendía a 2,4 millones<sup>69</sup>, de suerte que el porcentaje total de eventuales beneficiarios de una compensación tras los procedimientos judiciales representa una cifra considerablemente baja respecto del total de afectados. En los EE. UU., en cambio, en virtud del sistema *opt out* de litigación colectiva que caracteriza a las *class actions*, todos los afectados que no se hayan excluido expresamente del proceso podrán acceder a los beneficios obtenidos mediante las transacciones concluidas (elección entre la compra del vehículo o eventual reparación, una indemnización etc.).

---

<sup>67</sup>. VOß (2020, p.292).

<sup>68</sup>. VOß (2020, p.293).

<sup>69</sup>. HEESE (2018, p.429).

2) La técnica de tutela colectiva adoptada por el legislador alemán, el proceso modelo, presenta el inconveniente de abocar a los consumidores a promover un ulterior procedimiento declarativo individual para obtener su compensación. Si no se evita dicha duplicidad, difícilmente puede resultar atractivo y útil un sistema de tutela judicial colectiva y es muy probable que los consumidores acudan a sistemas que en principio no permiten prever un reconocimiento íntegro de la indemnización debida, como la cesión fiduciaria de sus créditos a una entidad especializada, instrumento que ha alcanzado muy considerable éxito en la litigiosidad contra VW en Alemania si se atiende al elevadísimo número de consumidores que han optado por él.

Las autoridades de la UE parecen ser conscientes de este escollo, común a otros ordenamientos europeos. En efecto, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre acciones de representación de 2018 apuesta claramente en su art.6.1 por un sistema en el que las entidades habilitadas ejerciten conjuntamente la acción de cesación, ejerciten conjuntamente *acciones de representación solicitando una orden de reparación, que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según proceda*. Además, las pretensiones individuales que pueden acumularse a la acción propiamente de cesación dicha no tendrían por qué consistir exclusivamente en la indemnización de daños.

Pero la referida propuesta de Directiva aun va más allá cuando, en el apartado 2º de su art.6 señala que sólo cabría dictar una resolución declarativa relativa a la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados, en vez de una orden de reparación, cuando, a causa de las características del perjuicio individual a los consumidores afectados, la cuantificación de la reparación individual resulte compleja. Y, en cualquier caso, dicha resolución meramente declarativa quedaría terminantemente excluida en los casos en que los consumidores hubiesen sufrido una pérdida de escasa cuantía y fuese desproporcionado distribuir la reparación y siempre que los consumidores afectados por la infracción sean determinables y hayan sufrido perjuicios comparables causados por la misma práctica en relación con un período de tiempo o una compra (art.6.2).

3) A diferencia de lo que sucede en EE. UU., donde no se hace ninguna distinción en dicho sentido, el cauce de tutela colectiva escogido por el legislador alemán, el proceso modelo, solo permite canalizar reclamaciones de consumidores.

También en el ordenamiento jurídico español, con ciertas excepciones relativas a sectores específicos<sup>70</sup>, la tutela colectiva prácticamente sólo tiene reflejo legal en el ámbito del consumo<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup>. Existen también ciertos casos aislados de tutela colectiva fuera del ámbito estricto del consumo: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), en cuyos arts.32 y 33 se regulan ciertas acciones para la protección de intereses supraindividuales; el art. 6.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), se remite a la regulación de la acción de cesación en la LCD; el art.59 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, legitima para ejercitar la acción declarativa de nulidad o de caducidad de la marca a cualquier persona física o jurídica o agrupación constituida legalmente para la representación de sus intereses; y el art.11 bis LEC, introducido por la disposición adicional 5.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece también acciones colectivas para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

<sup>71</sup>. En este sentido también LOPEZ SÁNCHEZ (2018, p.62 y ss.). En el mismo sentido GASCÓN INCHAUSTI (2010, p.45), quien señala que una de las grandes diferencias entre las *class-actions* norteamericanas y el régimen

Significativamente, el art.11 LEC lleva como rubrica *legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*. Por su parte, la referida limitación es asimismo seguida por la ya referida Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, de 11 de abril de 2018 (art.2).

Se trata indudablemente del ámbito en el cual dicha clase de tutela se ha revelado como más apremiante y útil. No cabe, sin embargo, descartar otros casos, como puede comprobarse en el caso contra VW que nos ocupa en este trabajo, donde pequeños empresarios y trabajadores autónomos no han podido adherirse al proceso modelo, aun siendo su necesidad de tutela completamente comparable a la del consumidor medio. En todo caso, parece que la limitación de las acciones colectivas al ámbito del consumo<sup>72</sup>, en ocasiones con su extensión a ciertos sectores específicos<sup>73</sup> es la tónica general en los ordenamientos de la UE, con las pocas excepciones de unos pocos países que no prevén restricciones de carácter material<sup>74</sup>.

Parece, sin embargo, que el planteamiento horizontal y no puramente sectorial cuenta con firmes partidarios<sup>75</sup> incluso en el ámbito de las instituciones europeas que, aún sin haberlo adoptado en la propuesta de directiva antes referida, lo han defendido hace algunos años, destacando que la tutela colectiva de las personas físicas o jurídicas no debe hacer distinción entre categorías específicas de derechos<sup>76</sup>.

4) En los EE. UU. ha sido posible dar al cúmulo de acciones ejercitadas contra VW una tramitación unitaria y transferirlas al mismo órgano judicial. En efecto, el expediente de la *Multidistrict Litigation* (MDL) permite reunir ante el mismo órgano judicial todas las acciones planteadas -tanto individuales como colectivas- a los efectos de su tramitación únicamente por lo que se refiere a los estadios preparatorios del juicio (*pretrial proceedings, discovery*). Los mayores incentivos

---

de las acciones colectivas en la mayoría de los países de la Europa continental reside precisamente en que en los EE. UU. este tipo de tutela no se ciñe al ámbito del consumo.

<sup>72</sup>. Es el caso de Rumanía y Estonia. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.20 y 21).

<sup>73</sup>. Es el caso de Bélgica, Francia, Luxemburgo, España Alemania y Polonia. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.20 y 21). Al menos en el caso de España, como se ha visto, el alcance de la tutela colectiva fuera del Derecho del consumo es francamente exigua.

<sup>74</sup>. Es el caso únicamente del Reino Unido de la Gran Bretaña, los Países Bajos y Austria, países en los que se recurre a mecanismos procesales no específicos (*trans-substantive procedural law*) o ceñidos a sectores materiales concretos del ordenamiento. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.22)

<sup>75</sup>. Se muestran abiertamente partidarios de este planteamiento los autores del estudio COMISIÓN EUROPEA (2018, pp.75 y 76).

<sup>76</sup>. El Parlamento Europeo había identificado la necesidad de un enfoque horizontal en materia de tutela colectiva ya en 2012, concretamente en su Resolución "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress-2011/2089 (INI)".<sup>[1]</sup> El Parlamento instó a la Comisión para que propusiese un sistema armonizado de reparación colectiva para los consumidores de la UE (2017 *Recommendation to the Council and the Commission following the inquiry into emission measurements in the automotive sector-2016/2908 (RSP)*). El marco debía incluir un conjunto común de principios, que proporcionase un acceso uniforme a la justicia a través de la reparación colectiva dentro de la Unión y específicamente, pero no exclusivamente, la violación de los derechos del consumidor. Siguiendo el mismo planteamiento horizontal, la Comisión presentó su posición en la Comunicación "Hacia un marco horizontal europeo para el recurso colectivo" y en la Recomendación sobre principios comunes para los mecanismos de recurso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros sobre las violaciones de los derechos otorgados en virtud del Derecho de la Unión el 11 de junio de 2013. Estos textos buscaban facilitar el acceso a la justicia, detener las prácticas ilegales y permitir a las partes lesionadas obtener una compensación a través de una "reparación colectiva" dentro de la Unión. Véase al respecto COMISIÓN EUROPEA (2018, pp.75 y 76).

ofrecidos por el derecho norteamericano para alcanzar un acuerdo transaccional (sobre todo por el hecho de no precisarse un ulterior proceso declarativo individual, como en Alemania, para obtener un título ejecutivo) permiten albergar esperanzas, no defraudadas en la práctica, de un final consensuado de la controversia, de modo que no resulte preciso acudir a la fase de juicio ante el órgano judicial ante el que se planteó el proceso y que quepa resolver sobre todas las pretensiones ejercitadas de modo conjunto. Por el contrario, en el caso alemán, las reclamaciones contra VW (colectivas, individuales y las promovidas por entidades cesionarias) se tramitan en muy diferentes foros del país y pueden, como de hecho así ha sucedido, tener respuestas diferentes basadas en interpretaciones legales también diferentes, al menos hasta que el Tribunal Supremo alemán, después de no pocos años, ha resuelto en fecha reciente sobre las cuestiones de fondo concernidas en el asunto.

El tratamiento unitario posibilitado gracias al expediente del MDL se extiende asimismo a los pronunciamientos sobre las sanciones previstas por las leyes administrativas. Ello es posible por que en los EE. UU. no existe una división entre diferentes ordenes jurisdiccionales ni una potestad administrativa sancionadora y una jurisdicción contencioso-administrativa competente para controlar la observancia de la legalidad en el ejercicio de dicha potestad. Los tribunales civiles americanos son generalistas y conocen, mediante el procedimiento asimismo civil, tanto de los aspectos indemnizatorios como de los sancionatorios, y dentro de los primeros, tanto de las indemnizaciones reclamadas por particulares como de las destinadas a restaurar el interés público.

La tramitación conjunta o coordinada ante el mismo órgano judicial favorece asimismo concluir acuerdos transaccionales, puesto que la parte demandada puede calcular y sopesar mejor la extensión o alcance total de la responsabilidad que afronta y los beneficios de un arreglo consensuado, cosa que le resultaría mucho más difícil cuando ha de enfrentarse a reclamaciones dispersas.

Está claro que tan deseable tratamiento unitario no es posible en Europa y, concretamente, en Alemania y en España, donde sí existe dicha potestad sancionadora administrativa y una férrea división entre órdenes o ramas de la jurisdicción ordinaria. Aunque ello suponga tocar muy asentados principios e instituciones del ordenamiento, merece la pena plantearse la posibilidad de permitir dicho tratamiento unitario también en los sistemas jurídicos de esta parte del Atlántico.

Pese a cuanto llevamos dicho, no pueden pasar desapercibidas las fuertes y merecidas críticas que el cauce del MDL ha recibido en los EE. UU. Su uso ha venido a arrumbar en buena parte el recurso a las tradicionales *class actions*, hasta el punto de que en ocasiones se habla de los MDL como auténticas *quasi-class actions*<sup>77</sup>. En efecto, el letrado al que el Juez que tramita el MDL encomienda la coordinación de las partes actoras (*lead counsel*) asume un protagonismo tan fuerte en la dirección del asunto y, concretamente, en las negociaciones para alcanzar una transacción final, que la relación entre dicho letrado y el resto de los actores acaba asemejándose mucho a la relación entre el abogado que representa a la *class action* y los miembros de la clase, y no es infrecuente que abuse y se prevalga de dicha posición privilegiada<sup>78</sup>.

<sup>77</sup>. Cfr. Véase al respecto, con mayor extensión, MULLENIX (2011, pp. 389 y ss. y 2013, pp. 511 y ss). De modo más sintético, FREER (2017, p. 884).

<sup>78</sup>. FREER (2017, pp. 884 y 885). Como denuncia CHAMBLEE BURCH (2015, pp. 71 a 73 y 2017, pp. 67 y ss.), los jueces designan en muchísimos casos a los mismos *lead counsels*, lo que puede dificultar la adecuada representación de las partes actoras en la conclusión de una transacción. Las personales motivaciones financieras, de reputación y de reciprocidad de estos “jugadores habituales” (*repeated players*) pueden resultar

Pese a la semejanza con las *class actions*, sin embargo, la transacción alcanzada en un MDL no está sujeta a aprobación judicial, a no ser claro está, que dentro del MDL se hubiese ejercitado también alguna *class action*, pues en ese caso sí que resultaría precisa la aprobación judicial para vincular a los miembros de la clase. Como señala Mullenix con preocupación, la tendencia a agregar procedimientos por el sistema del MDL y la proliferación de transacciones masivas de carácter puramente contractual -es decir, no aprobadas judicialmente- concluidas en los mismos (*contractual aggregate nonclass settlements*) deben provocar alarma porque, al eludir los requisitos legales a los que está sujeta la transacción para poner fin a una *class action*, dichos mecanismos ponen la resolución de la controversia en manos de actores que actúan en interés propio y esquivan en gran medida el control judicial y la supervisión sobre la ejecución del acuerdo, de modo que las garantías del debido proceso, cuidadosamente articuladas e incorporadas durante décadas a través de la jurisprudencia sobre las *class actions* van evaporándose en detrimento de los demandantes, a quienes dichas garantías estaban llamadas a proteger<sup>79</sup>.

Es inevitable observar el paralelismo existente entre la transacción extrajudicial concluida en el proceso modelo contra VW en Alemania y las referidas *contractual aggregate nonclass settlements* o transacciones concluidas al margen de la aprobación judicial en EE. UU. En efecto, es significativo que la conclusión de los procesos en ambos países de haya caracterizado por la ausencia de control judicial. De este modo, se constata, tanto en la práctica forense de los EE. UU. como en la alemana, el alejamiento de una garantía que venía siendo considerada crucial en los sistemas de litigación colectiva, encaminada a proteger a los consumidores frente a eventuales prácticas abogaciles poco éticas dirigidas a obtener un desmedido beneficio propio en detrimento de la masa de sus patrocinados. Por dicha razón, es preciso prestar atención a la evolución futura de la litigación colectiva o masiva para comprobar si la referida huida del control judicial es una mera coincidencia o, por el contrario, nos hallamos ante una tendencia con vocación de consolidarse en ambos lados del océano.

5) No merece ser imitada la práctica de publicar “resoluciones indicativas” (*Hinweisbeschlüsse*) seguida por el Tribunal Supremo alemán y por los más altos tribunales del país con el objetivo de suministrar criterios jurídicos uniformes equiparables al precedente jurisprudencial y, en cierto modo, sucedáneos del mismo. Tal como ha sucedido en el caso de VW, la producción de jurisprudencia respecto de ciertas cuestiones puede verse impedida o retrasada cuando los recursos de casación (que suelen acceder al tribunal tras una dilatada tramitación procesal en las dos instancias previas), no llegan finalmente a sustanciarse porque el demandado económicamente poderoso dirige al consumidor individual ofertas transaccionales apenas resistibles o la plena satisfacción de sus pretensiones, de modo que aquél desiste del recurso. Las referidas “resoluciones indicativas” estarían destinadas a suplir el precedente jurisprudencial y evitar la diversidad de respuestas judiciales hasta que dicho criterio jurisprudencial se produjese. Aunque la cuestión no puede ser discutida aquí con la extensión que merece, dicha práctica avanza sin las debidas

---

determinantes en las relaciones entre ellos y con el abogado contrario, y a menudo pasan por encima de la obligada y prioritaria fidelidad a sus clientes. Pueden producirse patologías sistémicas: jerarquías dictatoriales de abogados que no representan adecuadamente el espectro de los diversos intereses de los demandantes, “jugadores habituales” que intercambian influencias para aumentar sus honorarios, que cierran acuerdos privados contrarios a los intereses del colectivo y que carecen de un adecuado control de seguimiento. Dichos abogados, como denuncia la autora, ejercen tanto un control de liderazgo oligopolístico en los procedimientos “multidistrituales” como un poder monopolístico dentro de ellos en particular.

<sup>79</sup>. MULLENIX (2013, p.551 y ss.).

garantías un parecer que, aunque se presenta como provisional, una vez emitido tiende inevitablemente a estabilizarse e impedir su rectificación a la que bien podría llegarse tras concluir la entera tramitación del recurso.

Se trata, por lo demás, de una práctica que recuerda a los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo español, que desde hace unos años a esta parte están adquiriendo carta de naturaleza en la praxis judicial. La producción de criterios jurídicos con vocación de propiciar la observación de pautas uniformes de conducta en el tráfico jurídico -el precedente jurisprudencial- debe estar vinculada a la resolución de asuntos concretos y no puede consistir en la formulación de mandatos o criterios jurídicos abstractos, propios de la función legislativa. Si se observa, especialmente en los casos de litigación masiva, que es preciso aclarar mediante una voz revestida de *auctoritas* ciertas cuestiones jurídicas con el objeto de evitar pronunciamientos contradictorios, es preciso reformar, en el sentido de agilizar o facilitar, el acceso al recurso de casación cuando resulte preciso para que pueda cumplir adecuadamente su función nomofiláctica dentro de un horizonte temporal razonable.

6) Como corolario a estas reflexiones, parece inevitable convenir con Heese cuando afirma que ciertos rasgos o aspectos propios del sistema de las *class actions* y, en general del tratamiento de la litigación en masa en los EE. UU. podrían ser importadas o servir de inspiración para el legislador europeo sin necesidad de trasladar simultáneamente los insufribles inconvenientes del sistema procesal de dicho país, señaladamente la creación de una suerte de “industria del litigio” (*Klageindustrie*) que ejercería una presión insostenible sobre los demandados, quienes se verían poco menos que inexorablemente forzados a acceder a una solución transaccional del proceso, de la que los abogados de la parte actora extraerían pingües beneficios y ganancias exorbitantes<sup>80</sup>. Dichos males, en efecto, están relacionados con ciertas características propias del sistema procesal norteamericano generalmente ausentes en Europa y que, por supuesto, no sería recomendable imitar. A saber: la libertad absoluta para alcanzar pactos de *quota litis*, la desmedida extensión e intensidad de la investigación previa al juicio (*discovery*), la posible competencia del jurado para conocer de acciones civiles indemnizatorias y la institución de los *punitive damages*, o penalizaciones civiles en forma de pago de cantidades que el tribunal puede imponer cuando concurren circunstancias que hacen a la conducta del productor de los daños merecedora de un especial reproche<sup>81</sup>.

## 6. Bibliografía.

Elisabeth, CHAMBLEE BURCH (2015), *Judging Multidistrict Litigation*, 90 N.Y. U. L. Rev., págs.71 a 141.

Elisabeth, CHAMBLEE BURCH (2017), *Monopolies in Multidistrict Litigation*, 70 Vand. L. Rev., págs 67 a 166.

COMISIÓN EUROPEA (2018), *Collective redress in the Member States of the European Union*, Policy Department for Citizens Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.829–octubre 2018.

---

<sup>80</sup>. HEESE (2019, p.432).

<sup>81</sup>. Ibidem.



John C. CRUDEN, Bethany ENGEL, Nigel COONEY, Joshua VAN EATON (2018), *Dieslegate: How the Investigation, Prosecution, and Settlement of Volkswagen's Emissions Cheating Scandal Illustrates the Need for Robust Environmental Enforcement*. Virginia Environmental Law Journal, Vol. 36, No. 2, págs.118 a 184.

Stephanie EICHHOLZ (2002), *Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, Editorial Mohr Siebeck, Tübingen.

Jack EWING, *Wachstum über alles. Der VW-Skandal. Die Personen. Die Technik. Die Hintergründe* (2017), Editorial Droemer. Existe traducción al castellano: *El escándalo de Volkswagen: Cómo, cuándo y por qué Volkswagen manipuló las emisiones de sus vehículos*, Deusto Ediciones S.A., 2017.

Lilly FIEDLER (2010), *Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Richard D. FREER (2017), *Civil Procedure*, 4ª edición, Wolters Kluwer.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2010), *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Cízur Menor.

Beate GSEL (2019), *Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, fechado a 27 de septiembre de 2019. Dictamen realizado para el del grupo parlamentario en el Bundestag de Bündnis 90/Die Grünen. Se puede consultar en el siguiente sitio de internet: [https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/g/gsell\\_beate/forschung/stellungnahmen/stellungnahme\\_rm\\_final.pdf](https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/g/gsell_beate/forschung/stellungnahmen/stellungnahme_rm_final.pdf)

Michael HEESE (2019), *Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal. Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne*, JuristenZeitung, 9/2019, págs. 429 a 440.

Michael HEESE (2020), *Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge. Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte*, JuristenZeitung 4/2020, págs. 178 a 189.

Javier LOPEZ SÁNCHEZ (2018), “Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositiva”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, AAVV (coordinadoras Armenta Deu, Teresa/Pereira Puigvert, Sílvia), Marcial Pons, págs.61 a 91.

Joseph Allan MACDOUGALD (2017), *The Dieslegate. A Legal Perspective*, AAVV (editor Marco Friggessi di Rattalma), Editorial Springer, págs. 133 a 175.

Linda S. MULLENIX (2013), *Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution*, 107 Nws. U. L. Rev., págs. 511 a 563.

Linda S. MULLENIX (2011), *Dubious Doctrines: The Quasi-Class Action*, 80 U. Cin. L. Rev., págs. 389 a 429.

Astrid STADLER (2018), *Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?*, Juristen Zeitung 17/2018, págs. 793 a 802.

Astrid STADLER (2014), *Die Bündelung von gleichgerichteten Ansprüchen durch Inkassoession-Geschäftsmodelle zur Prozessfinanzierung auf dem Prüfstand* Zugleich Besprechung von LG Düsseldorf, Urteil v. 17. 12. 2013 – 37 O 200/09, JZ (JuristenZeitung) 12/2014, 613-622.

Astrid STADLER (2020), *Grenzen der Inkassoession nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 27. 11. 2019 – VIII ZR 285/18*, JuristenZeitung, 7/2020, págs. 321 a 331.

Wiebke VOß (2020), *Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechts-einschätzungen der Gerichte – praeter legem oder contra legem?* JuristenZeitung 6/2020, págs.286 a 293.