



Roj: **STS 669/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:669**

Id Cendoj: **28079110012015100098**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2015**

Nº de Recurso: **41/2013**

Nº de Resolución: **123/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 123/2015

Fecha Sentencia : 04/03/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 41 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 18/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia **Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls **Escrito por** : MRP

Nota:

Recurso extraordinario por infracción procesal. Admisión de prueba pericial con posterioridad a la demanda. Exhaustividad de la sentencia. Recurso de casación. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados por la denegación de acceso a la red eléctrica de la demandada que obligó a la demandante a suministrar electricidad a sus clientes utilizando grupos electrógenos. La condena al pago de una indemnización por una actuación cuya legalidad se intentó, sin éxito, que fuera declarada por los tribunales de justicia, no supone una vulneración del art. 24 de la Constitución . Alcance del deber de mitigar el daño por parte del perjudicado. Control en casación de la cuantía de la indemnización. El pronunciamiento sobre costas no puede ser impugnado en casación. Actualización de la deuda de valor mediante la revalorización conforme al índice de precios al consumo

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 41/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 18/02/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 123/2015



Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el procurador D. Rafael Alario Mont, bajo la asistencia letrada de D. José Álvarez de Toledo Saavedra, en nombre de "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Carlos Mairata Laviña, y los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el procurador D. Onofre Marmaneu Laguía, en nombre de "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución, S.A.U.", representados ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistidos por el letrado D. Jaime Mairata Laviña, contra la sentencia núm. 644/2012, de 2 de noviembre, dictada por la sección undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1023/2011, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 1083/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia. Han sido recurridas las entidades "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.", "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución, S.A.U."

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- La entidad "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.", presentó, con fecha 14 de junio de 2010, ante el Decanato de los Juzgados de Valencia, demanda de procedimiento ordinario contra las entidades "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.", que tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 22, donde fue registrada como procedimiento ordinario núm. 1083/2010, que terminaba suplicando: *«[...] dicte sentencia por la que condene a "Iberdrola, S.A." y a "Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.", solidariamente, a pagar a "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A." la cantidad de veinte millones seiscientos setenta y cuatro mil trescientos un (20.674.301) euros, cuyo importe habrá de actualizarse con arreglo al Índice de Precios al Consumo del Instituto Nacional de Estadística desde la fecha de esta demanda hasta la fecha en que se pronuncie fallo estimatorio de condena al pago de cantidad líquida, con imposición a las demandadas de todas las costas del juicio.»*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte contraria para su contestación.

TERCERO.- Las demandadas, en su escrito de contestación, plantearon falta de legitimación activa de la sociedad actora, falta de legitimación pasiva de "Iberdrola, S.A.", y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente suplicaron al Juzgado: *«[...] dictar Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de adverso por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito, imponiendo a la contraparte las costas derivadas de este procedimiento.»*

CUARTO.- Tras seguir los trámites oportunos, el magistrado juez de Primera Instancia núm. 22 de Valencia dictó la sentencia núm. 144/2011, de 7 de junio, con el siguiente fallo: *«Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador D. Rafael Alario Mont, en nombre de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A. contra Iberdrola, S.A. e Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., condeno a las demandadas solidariamente a pagar a la actora la cifra de 16.612.699,50 euros (dieciséis millones seiscientos doce mil seiscientos noventa y nueve con cincuenta euros), sin hacer condena en costas.»*

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- Las demandadas interpusieron recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y suplicaron al Juzgado:

«[...] remitir los autos a la Audiencia Provincial de Valencia con el fin de que por dicho Tribunal, previos los trámites de rigor, se dicte resolución por la que, estimando el recurso interpuesto, se revoque la Sentencia recurrida en los términos interesados en el cuerpo de este escrito, con expresa condena a la sociedad demandante de las costas causadas en la instancia.»



SEXTO.- La entidad recurrida se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario, impugnó la sentencia apelada y suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte en su día sentencia por la que:

1º.- *Desestime íntegramente el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Iberdrola, S.A. e Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., con imposición a dichas apelantes de las costas del recurso de apelación; y*

2º.- *Asimismo acuerde en dicha sentencia estimar la impugnación de mi parte de la sentencia de primera instancia que se hace en este escrito, y declare que procede la actualización del valor de la indemnización de daños y perjuicios fijada en esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia con arreglo a la evolución del Índice General de Precios de Consumo (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadística entre febrero de 2003 y junio de 2011; y condene a las demandadas al pago del total de la indemnización resultante de hacer dicha actualización, cuyo pago se hará en su caso con deducción de lo que hayan pagado ya en la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia; y con imposición a las demandadas de todas las costas de la primera instancia.»*

SÉPTIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y se dio traslado del escrito de impugnación a los apelantes principales, quienes solicitaron: «[...] tener por planteada oposición a la impugnación planteada de adverso, acordando el íntegro rechazo de las pretensiones planteadas por la contraparte, con condenas a éstas a soportar las costas de dicha impugnación.»

OCTAVO.- El recurso de apelación correspondió a la sección undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el núm. 1023/2011, quien, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 644/2012, de 2 de noviembre, cuyo fallo disponía:

» *Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Onofre Marmaneu Laguía, en nombre y representación de "Iberdrola, S.A." y de "Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número veintidós de Valencia el 7 de junio de 2011, en el juicio ordinario 1083/10.*

» *Segundo.- Desestimar la impugnación que contra idéntica resolución dedujo el procurador de los tribunales don Rafael Alario Mont, en la representación que ostenta de "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U."*

» *Tercero.- Confirmar los pronunciamientos de dicha Sentencia.*

» *Cuarto.- E imponer a la parte apelante las costas causadas ante esa instancia, excepción hecha de las que traigan causa de la impugnación, que se imponen al impugnante.»*

Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

NOVENO.- "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A." interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, que fundamentó en los motivos que a continuación se reproducen:

» *Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Señalamos como infringido el art. 1.106 del Código Civil, en cuanto dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor. Se infringe dicho precepto en cuanto la sentencia no condena al pago del valor total de la pérdida en los términos en que ha sido interpretada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto dicho valor ha de ser el que corresponda al tiempo en que se hace el pago de la indemnización, procediéndose para ello a la actualización pertinente del valor que pudiera tener la pérdida en el momento de producirse.*

» *Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Señalamos como infringido el art. 1.108 del Código Civil, en cuanto dispone que la mora del pago de una cantidad se indemniza por el pago de los intereses pactados y en su defecto por el pago del interés legal. Se infringe dicho precepto en cuanto la sentencia lo aplica a un supuesto de hecho distinto del que contempla, que es la mora en el pago de deudas de dinero, cuando en el caso de que se trata existe obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por incumplimiento de obligaciones de las demandadas; indemnización que es precisamente objeto de liquidación en el propio litigio, sin que previamente haya determinación alguna del dinero en que toda indemnización se reconvierte, y mi parte no ha reclamado nada por mora al ser ilíquida la deuda, sino que ha pedido la actualización de la indemnización.»*

Las entidades "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución, S.A.U." interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal que apoyaron en los siguientes motivos:

» *Primer motivo.- Al amparo de los números 3 y 4 del apartado primero del artículo 469 de la LEC, al haberse vulnerado durante la tramitación de la segunda instancia las normas legales que rigen los actos y garantías del*



proceso, concretamente los artículos 10 , 270 , 336 , 337 , 338 y 460 de la LEC y el derecho fundamental de mis representadas a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) al haberse admitido a la contraparte en segunda instancia un dictamen pericial que debió haber sido inadmitido, habiendo tenido tal irregularidad relevancia en la parte habiendo causado a esta parte indefensión de relevancia constitucional.

»Segundo motivo.- Al amparo del n° 2 del artículo 469.1 de la LEC , es decir, por infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, invocándose concretamente la violación de los artículos 209-3 , 218 (apartados 1 , 2 y 3), y 465- 4, todos ellos de la LEC , por no reunir la sentencia los requisitos de claridad y congruencia con las pretensiones de las partes ni estar adecuadamente motivada, ni decidir sobre todos los puntos litigiosos objeto de debate, habiendo obviado por completo el análisis de una cuestión esencial planteada por las partes en ambas instancias, concretamente la obligación que tenía la contraparte de actuar de buena fe y mitigar el daño en la medida de lo posible para poder repercutir a mis representadas el sobre coste que justifica su reclamación.

Para el supuesto de que se entendiese que el vicio procesal aquí alegado constituye no infracción de las normas reguladoras de las sentencias, sino de las que rigen los actos y garantías del proceso (que en este caso serían las normas que consagran los principios de audiencia, contradicción, igualdad y derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución y normas concordantes) invocamos expresamente para amparar su alegación el número 3° del propio artículo 469.1 de la LEC , haciendo constar expresamente que su vulneración ha originado a esta parte manifiesta, grave y material indefensión de relevancia constitucional.

»Tercer motivo.- Al amparo del n° 2° del artículo 469.1 de la LEC , es decir, por infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, invocándose concretamente la violación de los artículos 209-3 , 218 (apartados 1 , 2 y 3), y 465-4, todos ellos de la LEC , por no reunir la sentencia los requisitos de claridad y congruencia con las pretensiones de las partes, ni estar adecuadamente motivada, ni decidir sobre todos los puntos litigiosos objeto de debate, habiendo obviado por completo el análisis de una cuestión esencial planteada por las partes en ambas instancias, concretamente el verdadero alcance y cuantía del daño supuestamente sufrido por la contraparte y motivador de su demanda, habiendo influido dicha irregularidad en el fallo de la sentencia.

Para el supuesto de que se entendiese que el vicio procesal aquí alegado constituye no infracción de las normas reguladoras de las sentencias, sino de las que rigen los actos y garantías del proceso (que en este caso serían las normas que consagran los principios de audiencia, contradicción, igualdad y derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución y normas concordantes) invocamos expresamente para amparar su alegación el número 3° del propio artículo 469.1 de la LEC , haciendo constar expresamente que su vulneración ha originado a esta parte manifiesta, grave y material indefensión de relevancia constitucional.

Asimismo, las apelantes, interpusieron recurso de casación, que basaron en los motivos que a continuación se transcriben:

» Primer motivo: Formulado al amparo del artículo 477-1 [de la LEC], por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente los artículos 1.101 , 1.107 y 1.902 del Código Civil , al haber reconocido la sentencia a la contraparte legitimación activa para reclamar la indemnización pese a no haber acreditado su condición de perjudicada por los daños cuya reparación solicita.

» Segundo motivo: Formulado al amparo del artículo 477-1 de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente el artículo 24 de la Constitución y los artículos 1.090 , 1.101 , 1.103, 1.104 y 1.107 del Código Civil , al condenar a mis representadas a indemnizar a la demandante por una actuación realizada en ejercicio de su derecho a una tutela judicial efectiva, de buena fe y con justa causa, y en los mismos términos que los previstos en el Código Civil para los incumplimientos dolosos, con la consiguiente infracción de las referidas normas.

» Tercer motivo: Formulado al amparo del artículo 477-1 de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente los artículos 7-1, 1.101, 1.103, 1.104,

1.106, 1.107 y 1.902 del Código Civil , al prescindir la sentencia del análisis de la obligación de la demandante de actuar de buena fe mitigando el daño, y declarar irrelevantes las cuestiones referidas a la relación de causalidad entre la actuación de mis representadas y el daño cuya reparación se les exige, con la consiguiente vulneración de las referidas normas.

» Cuarto motivo.- Por infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil , al haberse condenado a mis representadas a indemnizar a la demandante por unos daños cuya entidad y cuantía la sentencia ni siquiera ha entrado a valorar.

» Quinto motivo.- Infracción del artículo 24 de la Constitución al haberse condenado a mis representadas a soportar las costas de la apelación pese a que la propia sentencia de apelación reconoce que la



impugnación planteada por esta parte respecto a la sentencia de primera instancia estaba justificada en lo relativo a la alegación de incongruencia omisiva, falta de exhaustividad y motivación de dicha resolución judicial: Se sanciona a esta parte con la imposición de costas pese a que se reconoce que su alegato de incongruencia y falta de exhaustividad tenía fundamento, con el consiguiente menoscabo del derecho de esta parte a una tutela judicial efectiva.»

DÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas las mismas, se dictó auto de 14 de enero de 2014, cuya parte dispositiva disponía: «La Sala acuerda:

» 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la entidad Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A., así como admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de las entidades Iberdrola, S.A. e Iberdrola Distribución, S.A.U., contra la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección

11.ª), en el rollo de apelación n.º 1023/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 288/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia.»

UNDÉCIMO.- Del escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formalizados por las apelantes, se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición en el que suplicó a la Sala: «[...] acuerde en su día la desestimación tanto del recurso de infracción procesal como del recurso de casación en todos sus motivos.»

Las apelantes presentaron escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.", en el que solicitaron a esta Sala: «[...] dictar Sentencia en la que, además de resolver el recurso por infracción procesal y de casación interpuesto por esta parte en los términos interesados en el escrito de interposición del mismo, desestime íntegramente y en cualquier caso el recurso de casación interpuesto por la contraparte, condenando a ésta a soportar las costas derivadas de la tramitación del mismo.»

DUODÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMOTERCERO.- Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo, señalándose el día 18 de febrero de 2015 para que éstos tuvieran lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Para entender mejor el contexto en que los recursos deben resolverse, es conveniente hacer una breve síntesis de los antecedentes de hecho y de los hitos del proceso.

En los años 2000 a 2003, "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A." (en lo sucesivo, Hidrocantábrico Distribución) era una sociedad integrada en el grupo de sociedades de "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A." (en lo sucesivo, Hidroeléctrica del Cantábrico), que era su accionista único, y se dedicaba a la explotación de redes de distribución eléctrica para el suministro de electricidad mediante su construcción, mantenimiento y gestión, así como al suministro de electricidad a los consumidores finales acogidos al régimen de tarifa, y también suministraba por sus redes la electricidad que las empresas comercializadoras vendían sin sujetarse a tarifas, por precios pactados con los clientes.

Aunque el grupo Hidroeléctrica del Cantábrico había desarrollado su actividad principalmente en la cornisa cantábrica, Hidrocantábrico Distribución, a fin de introducirse en la Comunidad Valenciana, contrató con diversas empresas industriales y promotoras de polígonos industriales de esa región la construcción y explotación de redes de distribución eléctrica y el suministro de electricidad como distribuidor, o permitir el suministro por empresas de comercialización, a cuyos efectos concertó diez contratos, obtuvo las correspondientes licencias administrativas y realizó las obras e instalaciones necesarias.

A medida que fue concluyendo las instalaciones, Hidrocantábrico solicitó a "Iberdrola, S.A." (en lo sucesivo, Iberdrola) el acceso a su red de distribución, que era la existente en los lugares en los que se encontraban las instalaciones a través de las que se debía suministrar electricidad a los clientes de Hidrocantábrico. Iberdrola rechazó dichas solicitudes de acceso, por lo que Hidrocantábrico Distribución promovió varios procedimientos de conflicto de acceso a redes de distribución, previstos en el art. 38 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, ante la Comisión Nacional de la Energía, que en todos los casos dictó resoluciones en las que con invocación de lo previsto en el art. 42 de la citada Ley 54/1997, reconoció el derecho de Hidrocantábrico



Distribución a acceder a la red de distribución de Iberdrola para distribuir energía eléctrica en los lugares en que se había obligado por los contratos concertados. Iberdrola interpuso recursos de alzada contra esas resoluciones, que fueron desestimados por el Ministerio de Economía. Iberdrola interpuso entonces recursos contencioso-administrativos contra esas resoluciones, que fueron desestimados por la Audiencia Nacional, que consideró que la cuestión litigiosa constituía un conflicto de acceso de terceros a la red y que existía un derecho de acceso a la red reconocido por la Ley 54/1997 a los distribuidores, que no se limitaba a operaciones de transporte de electricidad sino que comprendía también la posibilidad de establecimiento de redes de distribución de diferente titularidad. Los recursos de casación interpuestos por Iberdrola contra estas sentencias fueron desestimados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de mayo de 2008 (asunto C-439/06), confirmó el derecho de acceso a las redes de transporte y distribución como una de las medidas esenciales derivadas de las Directivas comunitarias sobre la materia.

Las solicitudes de suspensión de la ejecutividad de las resoluciones administrativas que Iberdrola había ido realizando durante la tramitación de sus recursos fueron desestimadas.

En tanto se tramitaban estas impugnaciones, Iberdrola, a través de la Generalidad Valenciana, ofreció el 1 de agosto de 2002 como solución que los clientes de la demandante contrataran directamente el suministro con Iberdrola, cediendo Hidrocantábrico sus instalaciones (red de distribución y una subestación ya construida) a Iberdrola para que esta suministrara directamente electricidad a los clientes de Hidrocantábrico, lo que esta no aceptó.

En marzo de 2003, una vez que la línea a la que se había solicitado el acceso fue vendida por Iberdrola a otra empresa, la nueva propietaria respondió afirmativamente a las solicitudes de acceso hechas por Hidrocantábrico Distribución. 2.- Como en las fechas en que debía empezar a suministrar electricidad a sus clientes (a lo largo de los años 2001 y 2002) Hidrocantábrico Distribución no había logrado el acceso a la red de distribución que en ese momento era titularidad de "Iberdrola Distribución, S.A." (filial de Iberdrola), contrató con "Hidrocantábrico Generación, S.A.", que posteriormente fue absorbida por la matriz del grupo, Hidroeléctrica del Cantábrico, el suministro de energía eléctrica a sus instalaciones de distribución para poder suministrarla a sus clientes. Esta generación de electricidad hubo de ser realizada mediante grupos electrógenos alimentados por gasoil, contratados primero a otra filial del grupo y posteriormente, cuando la demanda de electricidad aumentó por la necesidad de suministrar a los sucesivos clientes, fueron contratados a terceras empresas. Hidrocantábrico Generación y, tras la absorción, Hidroeléctrica del Cantábrico, suministraron y facturaron a Hidrocantábrico Distribución la electricidad así generada, cuyo importe total ascendió a 25.476.806,19 euros, muy por encima del precio que le hubiera supuesto suministrarse de electricidad mediante el acceso a la red de Iberdrola.

3.- Tras un primer proceso civil en el que la Audiencia Provincial de Valencia acordó desestimar la demanda de solicitud de indemnización de Hidrocantábrico « *sin entrar a resolver la cuestión de fondo, que queda reservada para un proceso posterior, y que debe ir precedida de la resolución planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa* », una vez dictadas las sentencias del Tribunal Supremo a que se ha hecho mención, Hidrocantábrico Distribución interpuso contra Iberdrola e Iberdrola Distribución la demanda origen de este proceso, en la que les reclamaba la indemnización de los daños provocados por el incumplimiento de sus obligaciones legales de permitir a la demandante el acceso a su red de transporte y distribución de electricidad, y que consistían en el sobrecoste derivado de haber tenido que adquirir la electricidad generada por grupos electrógenos, y no directamente la procedente del acceso a la red eléctrica. La demandante fijaba dicho sobrecoste a 31 de enero de 2003 en 17.242.954 euros, que consideraba debía actualizarse a la fecha de la demanda conforme a la variación del índice de precios al consumo (IPC), lo que daba como resultado la cantidad de 20.674.301 euros, que era la que reclamaba, si bien con la solicitud de que se actualizara conforme al IPC hasta que se dictara fallo estimatorio.

4.- Tras la tramitación del litigio, el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia dictó una sentencia en la que desestimó las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por las demandadas, y estimó parcialmente la demanda, pues fijó como sobrecoste de la electricidad una cantidad ligeramente inferior a la solicitada por la demandante (la menor de las tres cantidades fijadas de modo alternativo por el informe del perito de designación judicial), y rechazó la petición de revalorización conforme al IPC, por lo que condenó a las demandadas, solidariamente, a pagar a la demandante 16.612.699,50 euros.

5.- Las demandadas apelaron la sentencia y solicitaron la desestimación de la demanda. La demandante se opuso al recurso e impugnó la sentencia. En la impugnación solicitó que la cantidad en que se fijó el sobrecoste fuera actualizada conforme al IPC hasta junio de 2011, pues había sido consignada por las demandadas en la ejecución provisional de la sentencia en julio de 2011, por lo que debía ser incrementada en 4.236.238 euros, y que se condenara a las demandadas al pago de las costas de primera instancia, puesto que de admitirse la



solicitud de actualización, la diferencia entre lo solicitado en la demanda y lo que debería haberse concedido en la sentencia se limitaría a un 3,79%. Solicitó asimismo que se practicada en segunda instancia una prueba pericial contable.

6.- La Audiencia Provincial admitió la práctica en segunda instancia de la prueba pericial solicitada por la demandante y, tras celebrar la vista en la que intervino el perito, dictó sentencia en la que desestimó el recurso y la impugnación. Respecto del recurso, aun reconociendo que la motivación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debía ser completada porque no era exhaustiva y modificando algunas de las razones expuestas en la sentencia recurrida como fundamento de su decisión, la Audiencia Provincial desestimó las impugnaciones relativas a la falta de legitimación activa y pasiva, y también las relativas al fondo del litigio, pues, con base en las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, consideró injustificada la negativa de Iberdrola a permitir el acceso de Hidrocantábrico Distribución a su red, y entendió que el sobre coste que supuso a la demandante obtener la energía que suministró a sus clientes de grupos electrógenos estaba causado por la conducta ilícita de las demandadas, sin que pudiera considerarse que la demandante hubiera causado el daño con su actuación irracional e improcedente, y no le era exigible que hubiera renunciado a suministrar directamente la electricidad contratada por sus clientes, confirmando la corrección de la cantidad en que el Juzgado de Primera Instancia fijó la indemnización por resultar así del informe del perito judicial, coincidente sustancialmente con el perito de la demandante.

También desestimó la impugnación formulada por Hidrocantábrico Distribución pues consideró que la revalorización conforme al IPC solo era procedente cuando estuviera expresamente prevista en una disposición legal, lo que llevaría a que fuera aplicable el art. 1108 del Código Civil.

7.- La demandante ha interpuesto recurso de casación basado en dos motivos. Las demandadas han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en tres motivos, y recurso de casación basado en cinco motivos. Todos los motivos han sido admitidos a trámite.

8.- Han de analizarse en primer lugar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por las demandadas, puesto que solo una vez resueltos estos recursos puede abordarse el recurso de casación formulado por la demandante.

Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Iberdrola e Iberdrola Distribución

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El primer motivo de infracción procesal se encabeza con este epígrafe: « *Al amparo de los números 3 y 4 del apartado primero del artículo 469 de la LEC, al haberse vulnerado durante la tramitación de la segunda instancia las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, concretamente los artículos 10, 270, 336, 337, 338 y 460 de la LEC y el derecho fundamental de mis representadas a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) al haberse admitido a la contraparte en segunda instancia un dictamen pericial que debió haber sido inadmitido, habiendo tenido tal irregularidad relevancia en la parte habiendo causado a esta parte indefensión de relevancia constitucional .»*

2.- El motivo se fundamenta por las recurrentes alegando que la Audiencia Provincial admitió indebidamente la prueba pericial propuesta por la demandante en su escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación, puesto que tal prueba había sido rechazada en la audiencia previa, sin que hubiera sido recurrida la inadmisión, y esa fue la razón por la que el Juez no admitió su práctica en el juicio, pese a que la parte actora había llevado consigo al perito para que interviniera en el juicio.

Se alega también que esa prueba pericial no debería haber sido admitida en ningún caso porque no se había presentado con la demanda, pese a versar sobre un hecho básico en el que se fundamentaba la demanda.

Y que fue una prueba determinante para la estimación de la pretensión indemnizatoria de la demandante, por lo que se causó indefensión a las recurrentes.

TERCERO.- Desestimación del motivo. La admisión de la prueba pericial en segunda instancia no constituyó una infracción de normas procesales causante de indefensión

1.- El desarrollo de la audiencia previa, en lo relativo a la admisión de las pruebas periciales (o de la ampliación de alguna de ellas), fue confuso, pues se propusieron varias de estas pruebas y el Juez, al pronunciarse sobre su admisión o inadmisión, no fue suficientemente preciso sobre qué admitía y qué inadmitía. Por ello, la interpretación hecha por la Audiencia Provincial al desestimar el recurso de reposición contra el auto por el que admitió la prueba pericial ahora cuestionada, ha de admitirse porque es razonable. En consecuencia, ha de considerarse que la prueba pericial contable fue admitida en la audiencia previa, pues lo inadmitido fue otro instrumento probatorio, en concreto la ampliación de otra prueba pericial. Esta prueba pericial contable



no se practicó por causas ajenas a la parte proponente, como fue la negativa del Juez de Primera Instancia a practicarla, al afirmar erróneamente en el juicio que no la había admitido.

2.- Una vez considerado que la prueba fue admitida en la audiencia previa, carece de relevancia la invocación que se hace de su improcedencia conforme al art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque eso debía haber sido alegado en la audiencia previa para fundamentar un recurso de reposición contra la admisión de la prueba, que no se interpuso.

En todo caso, aunque se eximiera a la parte demandada de la carga de impugnar la admisión de la prueba, dada la confusión a que se ha hecho referencia, como se verá, era una prueba admisible en ese momento conforme al art. 338.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues se trataba de un informe cuya utilidad se puso de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda e iba destinado a acreditar hechos complementarios de aquellos considerados como fundamentales. Por ello, su aportación no puede considerarse extemporánea.

3.- Por último, tampoco puede admitirse, en contra de lo dicho en el recurso, que dicha prueba fuera fundamental para justificar la legitimación activa de la demandante porque no existía otra prueba que la sustentara, y que por tanto su admisión causaba indefensión a las demandadas.

La condición de perjudicada de la demandante fue justificada por la Audiencia Provincial sobre otras bases. Afirmó la Audiencia que fue la sociedad demandante quien se obligó en exclusiva con nueve de los diez clientes para implantar la infraestructura necesaria para el suministro de energía eléctrica y a proveerles de tal energía, y en el caso del otro cliente, lo hizo conjuntamente con su matriz, "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.". Por ello, fue la demandante quien hubo de remover los obstáculos causados por la negativa de las demandadas a que se conectara a su red de transporte y distribución de energía eléctrica para poder suministrar la energía eléctrica a estos clientes, para lo cual hubo de subcontratar con terceros la producción de energía eléctrica, sin que ello convierta a estos terceros en acreedores de las demandadas, y ello incluso en el supuesto (que no es el caso, añade la Audiencia) de que la demandante no hubiera abonado tales trabajos encargados por ella. La legitimación de la demandante no requiere que las facturas de los servicios que hubo de encargar para poder suministrar energía eléctrica a los clientes con los que contrató, hayan sido efectivamente abonadas, basta con que se haya contraído la obligación de hacerlo.

Además, añadía la Audiencia, la prueba de que la demandante, "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A." había abonado a otra sociedad de su mismo grupo, "Hidrocantábrico Generación, S.A.U.", y a su matriz, "Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.", en tanto que sucesora de esta por absorción, las facturas de suministro de la electricidad generada por grupos electrógenos, en que se concretaban los daños sufridos por la demandante, no estaría constituida exclusivamente por el informe pericial cuya aportación se cuestiona ahora, sino también por la prueba documental practicada.

4.- Las recurrentes impugnan estos extremos mediante la afirmación de que las facturas aparecen cargadas en una cuenta de la matriz, Hidroeléctrica del Cantábrico, y que con la demanda solo se había aportado una certificación del secretario del consejo de administración de esta sociedad en la que se afirma que el pago de tales facturas fue asumido por la filial Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, lo que consideraba insuficiente.

El argumento no puede admitirse. Si, según la tesis de las demandadas, quien asumió el pago de los sobrecostes fue Hidroeléctrica del Cantábrico, sociedad matriz del grupo y socia única de Hidrocantábrico Distribución, la declaración escrita del secretario del consejo de administración de esta entidad en la que afirma que Hidrocantábrico Distribución les abonó dichos gastos ha de considerarse suficiente para acreditar tal extremo, puesto que no se entiende qué interés puede tener un acreedor en reconocer que su crédito ha sido satisfecho, si no ha sido así, más aún cuando existe esa estrecha relación entre ambas sociedades. Las recurrentes no han explicado cuál podría ser la explicación de tal conducta anómala. Frente a las demandadas, y a efectos de la reclamación efectuada, no se entiende qué interés pueden tener sociedades matriz y filial en atribuir a una de ellas el pago de las facturas si en realidad hubieran sido pagadas por la otra, o por qué acudir a un artificio de este tipo cuando la matriz podía haber interpuesto la demanda junto con la filial.

5.- Las consideraciones de la Audiencia Provincial sobre la idoneidad de la prueba documental para sustentar la legitimación activa de la demandante no pueden considerarse irrazonables o arbitrarias, por lo que queda sin base la afirmación de las recurrentes sobre el carácter fundamental de la prueba pericial admitida en segunda instancia. Por ello, la documental aportada era suficiente para acreditar este extremo y la prueba pericial admitida por la Audiencia Provincial solo serviría para reforzar un extremo acreditado documentalmente, por lo que incluso de no haber sido correcta la admisión de tal prueba, la misma carecería de la relevancia suficiente para considerar que se había causado indefensión a la parte contraria.

Por lo expuesto, el motivo del recurso no puede ser estimado.

**CUARTO.- Formulación de los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal**

1.- El segundo motivo de infracción procesal se encabeza así: « Al amparo del n° 2 del artículo 469.1 de la LEC , es de cir, por infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, invocándose concretamente la violación de los artículos 209-3. 218 (apartados 1, 2 y

3), y 465-4. todos ellos de la LEC, por no reunir la sentencia los requisitos de claridad y congruencia con las pretensiones de las partes ni estar adecuadamente motivada, ni decidir sobre todos los puntos litigiosos objeto de debate, habiendo obviado por completo el análisis de una cuestión esencial planteada por las partes en ambas instancias, concretamente la obligación que tenía la contraparte de actuar de buena fe y mitigar el daño en la medida de lo posible para poder repercutir a mis representadas el sobrecoste que justifica su reclamación.

Para el supuesto de que se entendiese que el vicio procesal aquí alegado constituye no infracción de las normas reguladoras de las sentencias. sino de las que rigen los actos y garantías del proceso (que en este caso serían las normas que consagran los principios de audiencia, contradicción, igualdad y derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la constitución y normas concordantes) invocamos expresamente para amparar su alegación el número 3° del propio artículo 469.1 de la LEC , haciendo constar expresamente que su vulneración ha originado a esta parte manifiesta, grave y material indefensión de relevancia constitucional. ».

2.- El motivo se fundamenta alegando que la sentencia de la Audiencia Provincial ha ignorado por completo una cuestión esencial planteada por las demandadas, como es el deber de la víctima de un acto generador de responsabilidad de actuar de buena fe mitigando el daño en la medida de lo posible para poder repercutir el mismo a aquel a quien imputa su causación Considera que no es suficiente que la sentencia analizara, para rechazarla, una de las alternativas razonables a las que hicieron referencia las demandadas y que habría evitado tener que hacer uso de los grupos electrógenos, puesto que era la sociedad demandante quien debía haber buscado e intentado las diversas alternativas razonables y haberlo probado.

3.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tiene el siguiente epígrafe: « Al amparo del n°2 del artículo 469.1 de la LEC , es decir, por infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, invocándose concretamente la violación de los artículos 209-3 , 218 (apartados 1 , 2 y 3) , y 465-4, todos ellos de la LEC , por no reunir la sentencia los requisitos de claridad y congruencia con las pretensiones de las partes, ni estar adecuadamente motivada, ni decidirsobre todos los puntos litigiosos objeto de debate, habiendo obviado por completo el análisis de una cuestión esencial planteada por las partes en ambas instancias, concretamente el verdadero alcance y cuantía del daño supuestamente sufrido por la contraparte y motivador de su demanda, habiendo influido dicha irregularidad en el fallo de la sentencia.

»Para el supuesto de que se entendiese que el vicio procesal aquí alegado constituye no infracción de las normas reguladoras de las sentencias, sino de las que rigen los actos y garantías del proceso (que en este caso serían las normas que consagran los principios de audiencia, contradicción, igualdad y derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución y normas concordantes) invocamos expresamente para amparar su alegación el número 3° del propio artículo 469.1 de la LEC , haciendo constar expresamente que su vulneración ha originado a esta parte manifiesta, grave y material indefensión de relevancia constitucional. »

4.- El motivo se fundamenta alegando que la sentencia recurrida ha ignorado por completo la cuestión relativa a la verdadera entidad, cuantía e importe del daño cuya reparación solicita la demandante, pues no ha rebatido las objeciones hechas por las recurrentes.

QUINTO.- Decisión de la Sala. La exigencia de exhaustividad en la motivación de las sentencias

1.- La exigencia de la motivación tiene por finalidad permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos; exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada; y operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla. Así lo declaran las sentencias de esta Sala núm. 294/2012, de 18 de mayo , y 40/2015, de 4 de febrero, con cita de otras anteriores, y así ha sido considerado por el Tribunal Constitucional , en sentencias como la STC numero 101/92, de 25 de junio .

2.- En el caso objeto del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial cumple la exigencia de motivación. Las propias recurrentes contradicen lo afirmado en el epígrafe de los motivos cuando, al desarrollarlos, admiten que la Audiencia Provincial los ha abordado (siquiera parcial e incorrectamente, en su opinión), transcriben incluso el fundamento de la sentencia de la Audiencia Provincial que aborda la impugnación a la valoración



de los daños, y dedican sendos motivos del recurso de casación a rebatir lo argumentado por la Audiencia Provincial sobre estas cuestiones.

Que la Audiencia Provincial no haya aceptado los argumentos de la recurrente, o que haya aceptado las conclusiones fácticas de la prueba pericial practicada a instancias de la demandante, similares a las del perito de designación judicial, frente a las del informe del perito de las demandadas que estas consideran más correctas, no supone infracción procesal alguna.

El recurso extraordinario por infracción procesal no establece como motivo de recurso la incorrecta valoración de la prueba. Por tanto, no puede cuestionarse en este recurso la aceptación que la sentencia de la Audiencia Provincial haya hecho de las conclusiones obtenidas en alguno de los informes periciales emitidos y, por el contrario, no haya aceptado las alcanzadas en otros, ni tampoco puede exigirse una motivación extensa sobre tal opción.

Recurso de casación formulado por Iberdrola elberdrola Distribución

SEXTO.- Formulación del primer motivo

1.- El epígrafe del primer motivo de casación es el siguiente:

« Formulado al amparo del artículo 477-1 [de la LEC], por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente los artículos 1.101 , 1.107 y 1.902 del Código Civil , al haber reconocido la sentencia a la contraparte legitimación activa para reclamar la indemnización pese a no haber acreditado su condición de perjudicada por los daños cuya reparación solicita. »

2.- El motivo se fundamenta por las recurrentes alegando que se ha concedido una indemnización a la demandada pese a que no ha probado ser la perjudicada por los daños y perjuicios cuya indemnización reclama, puesto que al margen del dictamen pericial admitido indebidamente en la segunda instancia, no existiría en el proceso una sola prueba que acreditara que haya sido la demandante quien haya asumido el sobrecoste de los grupos electrógenos sobre el que basa su reclamación, pues la documentación aportada con la demanda es irrelevante e insuficiente.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Petición de principio

El motivo del recurso ha de ser desestimado, puesto que incurre en el defecto de petición de principio. La infracción legal denunciada se habría producido, según las recurrentes, porque la sentencia ha reconocido el carácter de perjudicado y, por tanto, la legitimación activa de la demandante con base en una prueba pericial que no debió ser admitida y sin que las demás pruebas aportadas acreditaran mínimamente este extremo.

Una vez que al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal estas premisas han quedado desvirtuadas, el motivo de casación se formula sobre una premisa incorrecta y debe ser desestimado.

OCTAVO.- Formulación del segundo motivo de casación

1.- El segundo motivo se encabeza del siguiente modo:

« formulado al amparo del artículo 477-1 de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente el artículo 24 de la constitución y los artículos 1.090 , 1.101 , 1.103. 1.104 y 1.107 del Código Civil , al condenar a mis representadas a indemnizar a la demandante por una actuación realizada en ejercicio de su derecho a una tutela judicial efectiva, de buena fe y con justa causa, y en los mismos términos que los previstos en el Código Civil para los incumplimientos dolosos, con la consiguiente infracción de las referidas normas. » 2.- Las razones con las que se argumenta la infracción legal denunciada son, sucintamente expresadas, que lo que la demandante presenta como un acto doloso generador de responsabilidad es en realidad el ejercicio por las demandadas de su derecho a la tutela judicial efectiva al solicitar a los órganos judiciales, en el ejercicio de tal derecho fundamental, que aclararan una norma compleja y falta de concisión de la que pretendía aprovecharse la demandante.

Las recurrentes hacen un breve resumen del litigio contencioso- administrativo para justificar que la normativa sectorial respaldaba la postura de las demandadas en la denegación de la conexión pretendida por la demandante, como resultaría justificado por el voto particular emitido en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, del que reproducen varios pasajes.

Afirman también las recurrentes que las resoluciones administrativas que obligaban a las demandadas a permitir la conexión de la demandante a sus redes de distribución, cuya suspensión cautelar solicitó, no pueden ejecutarse hasta que la jurisdicción contencioso- administrativa se pronuncie sobre el momento y términos en que tal ejecución debe llevarse a efecto.



Alegan las recurrentes que la Audiencia Provincial vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y los arts. 1090, 1101, 1103, 1104 y 1107 del Código Civil al calificar la actuación de las demandadas como un incumplimiento legal generador de responsabilidad y atribuirles las mismas consecuencias de cualquier otro incumplimiento doloso contrario a una obligación inequívoca.

Considera que en todo caso se estaría ante un incumplimiento negligente y no doloso por lo que « *debería en definitiva reducirse ostensiblemente el quantum indemnizatorio conforme a los criterios defendidos por esta parte en nuestro recurso de apelación, o discrecionalmente por el tribunal, aplicándose en definitiva el criterio de moderación expresamente impuesto por el artículo 1.103 del Código Civil.* »

NOVENO .- Decisión de la Sala. La condena al pago de una indemnización por una actuación cuya legalidad se intentó, sin éxito, que fuera declarada por los tribunales de justicia, no supone una vulneración del art. 24 de la Constitución

1.- Las demandadas estaban obligadas a permitir el acceso de la demandante a sus redes para dotar de suministro eléctrico a sus clientes. Así lo declaró la Comisión Nacional de la Energía a solicitud de la demandante en los procedimientos de conflicto de acceso a redes de distribución promovidos por la demandante cuando las demandadas le denegaron tal acceso, así lo declaró también el Ministerio de Economía cuando resolvió los recursos de alzada que se interpusieron ante él, y así lo declaró la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo cuando resolvieron los recursos de naturaleza contencioso-administrativa que se interpusieron contra las citadas resoluciones administrativas. Por tanto, la negativa a permitir el acceso de la demandante a su red de distribución eléctrica fue un acto contrario al ordenamiento jurídico y realizado voluntariamente, y en tanto produjo daños a la demandante, determina la obligación de resarcirlos.

La controversia sobre la licitud o ilicitud de la negativa de las demandadas a permitir el acceso de Hidrocantábrico a sus redes ha sido ya resuelta con carácter definitivo por la jurisdicción competente, la contencioso-administrativa, y de la resolución adoptada por esta jurisdicción ha de partirse. Tanto más cuando el anterior litigio civil promovido entre las partes por la misma cuestión finalizó con una sentencia absolutoria en la instancia en la que se reservaba la solución del litigio a un proceso posterior que debía ir precedido de la resolución del proceso contencioso-administrativo promovido por Iberdrola contra la resolución que le obligaba a dar acceso a Hidrocantábrico a sus redes. La existencia de un voto particular en las sentencias del Tribunal Supremo no es a tal efecto relevante, puesto que la decisión judicial es la representada por la resolución adoptada mayoritariamente en el seno del órgano judicial, no por el voto particular emitido por la minoría, en este caso un magistrado.

2.- La condena a las demandadas a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la demandante como consecuencia de haber visto denegado el acceso a sus redes de distribución eléctrica no es consecuencia de que las demandadas interpusieran recursos judiciales contra las resoluciones administrativas que les obligaban a conceder tal acceso. La condena viene determinada porque la conducta de las demandadas no era conforme a Derecho (así lo declararon los órganos judiciales ante los que recurrieron) y causó daños a la demandante.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se vulnera cuando en la prestación de tal tutela por parte de los tribunales de justicia se desconocen las exigencias que resultan del art. 24 de la Constitución, en la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional. Tal ocurre, resumidamente, cuando se impide injustificadamente el acceso al proceso, se priva a la parte de las garantías básicas a que tiene derecho en el proceso, como es la de no sufrir indefensión porque se le impida alegar y probar en su defensa, se infringe el principio de igualdad de armas en el proceso, se dicta en su contra una resolución arbitraria o manifiestamente contraria a Derecho, sufre dilaciones indebidas o no se ejecuta la resolución favorable que obtiene en el proceso judicial.

También se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica lo que se ha denominado una "garantía de indemnidad", esto es, la ilicitud de las medidas de represalia, públicas o privadas, que puedan adoptarse contra quien ejercita una acción judicial o actuaciones preparatorias de la misma, pues de tal ejercicio no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

3.- En el caso objeto del recurso, no se ha seguido ninguna consecuencia negativa del hecho de que las demandadas hayan cuestionado judicialmente la legitimidad y justificación legal de la solicitud de acceso a sus redes formulada por la demandante, puesto que la consecuencia de su negativa a facilitar tal acceso (la obligación de resarcir el daño causado por tal negativa) hubiera sido la misma si no hubieran acudido a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, las demandadas podrían haber dado cumplimiento a las resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía, que eran ejecutivas como lo son los actos y resoluciones administrativas en tanto no sea acordada expresamente la suspensión de su ejecución



(arts. 56 y 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y recurrir en vía administrativa y contencioso-administrativa para conseguir su revocación.

La única consecuencia de haber acudido a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa es que los tribunales de esta jurisdicción han declarado la falta de cobertura legal de la conducta de las demandadas, de modo que los tribunales del orden jurisdiccional civil, para decidir el litigio, han de partir de lo decidido con carácter prejudicial en la vía contencioso-administrativa en la materia propia de su competencia, sin necesidad de volver a discutir sobre la interpretación de la normativa administrativa que regulaba el acceso de las distintas distribuidoras de energía eléctrica a las redes de las empresas competidoras. Como se ha dicho, la sentencia firme dictada en el anterior litigio civil en que se reclamó la indemnización de daños y perjuicios acordó que se estuviera a la finalización de los procesos contencioso-administrativos para posteriormente decidir sobre la procedencia de la indemnización.

Lo expuesto justifica que ninguna infracción del art. 24 de la Constitución se ha cometido porque se haya condenado a las demandadas a indemnizar los daños y perjuicios causados por la denegación de acceso de la demandante a sus redes de distribución por el simple hecho de que las demandadas cuestionaran en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa las resoluciones administrativas que les ordenaban acceder a la petición de la demandante, que habían rechazado previamente.

4.- El último argumento que se esgrime consiste en que el incumplimiento de las demandadas debía considerarse en todo caso como culposo y no como doloso, por lo que *« debería en definitiva reducirse ostensiblemente el quantum indemnizatorio conforme a los criterios defendidos por esta parte en nuestro recurso de apelación, o discrecionalmente por el tribunal, aplicándose en definitiva el criterio de moderación expresamente impuesto por el artículo 1.103 del Código Civil »*.

El argumento no puede apreciarse por varias razones. La primera, relativa a la remisión que se hace a los *« criterios defendidos por esta parte en nuestro recurso de apelación »*, es que el recurso de casación se halla sometido a ciertas exigencias formales de precisión, incompatibles con una remisión genérica a *« criterios defendidos »* en anteriores trámites de alegaciones, sin una necesaria concreción y precisión, de modo que el tribunal tenga que analizarlos y decidir, de entre los numerosos argumentos expuestos en el trámite anterior, cuáles deben entenderse reproducidos en casación. Remisión que es aún más inadmisibles cuando el escrito del recurso de casación, al igual que el de apelación, no se caracteriza precisamente por su concisión, por lo que ninguna justificación tiene que se haya omitido la expresión de tales criterios.

La segunda razón (relativa a la impugnación que hacen las recurrentes respecto de que la Audiencia Provincial no haya reducido la indemnización, porque la sentencia recurrida no distingue si el incumplimiento imputado a las demandadas puede considerarse doloso, negligente o, como consideran las demandadas, plenamente justificado, habida cuenta del diferente régimen indemnizatorio que resulta del art. 1103 y de los dos párrafos del art. 1107 del Código Civil) es que la Audiencia Provincial ha condenado a las demandadas a los daños que considera se han derivado necesariamente de su conducta ilícita, sin que considere que existan razones para entender que los daños causados no fueran previsibles cuando denegaron el acceso de la demandante a sus redes de distribución eléctrica, o que la relación de causalidad entre la conducta y los daños fuera muy lejana.

Y en cuanto a la no aplicación de la facultad de moderación prevista en el art. 1103 del Código Civil , que también se impugna por las recurrentes, ha de recordarse que la función que cumple el recurso de casación exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de recurso de casación. Respecto de la concreta facultad de moderación prevista en el art. 1103 del Código Civil , la sentencia de esta Sala núm. 538/2012, de 26 de septiembre , con cita de otras anteriores, declara que la moderación de la responsabilidad por culpa *« constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, por lo que, en principio, está vedado su acceso casación »*.

DÉCIMO.- Formulación del motivo tercero del recurso de casación

1.- El tercer motivo del recurso se encabeza con el siguiente epígrafe: *« Formulado al amparo del artículo 477-1 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente los artículos 7-1, 1.101, 1.103, 1.104, 1.106, 1.107 y 1902 del Código Civil, al prescindir la sentencia del análisis de la obligación de la demandante de actuar de buena fe mitigando el daño, y declarar irrelevantes las cuestiones referidas a la relación de causalidad entre la actuación de mis representadas y el daño cuya reparación se les exige, con la consiguiente vulneración de las referidas normas. »*.

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la Audiencia Provincial se ha limitado a señalar que la alternativa que las demandadas ofrecieron a la demandante no tenía por qué ser aceptada por esta porque



le obligaba a renunciar a su actividad de distribución en Valencia, cuando lo que tenía que haber hecho la Audiencia Provincial era analizar las razones esgrimidas por las demandadas y concluir que la demandante no actuó racionalmente, sino de forma absurda y temeraria, cuando se obligó a suministrar energía eléctrica a una serie de clientes, no barajó las alternativas que tenía a su alcance, no actuó de manera racional y lógica y no rechazó justificadamente la alternativa que le ofreció Iberdrola (ofrecimiento que, según los hechos fijados en la instancia, se hizo a través de la Generalidad Valenciana el 1 de agosto de 2002, cuando los grupos electrógenos llevaban ya un tiempo funcionando, y consistió en que se contratara directamente el suministro con las demandadas, cediendo la demandante sus instalaciones -red de distribución y una subestación ya construida- a las demandadas para que estas prestaran directamente el servicio a los clientes de la demandante), pues hubiera sido más razonable aceptar este ofrecimiento aunque ello le impidiera ostentar temporalmente su condición de distribuidora en Valencia. La Audiencia Provincial habría cometido la infracción legal denunciada al no exigir a la demandante que acreditara que barajó todas las alternativas y que la opción que adoptó era la más razonable, pues solo acreditando la demandante que su actuación fue lógica y justificada, que no supuso un acto temerario generador de un riesgo innecesario y que no fue la causante de los daños, podría repercutirse en las demandadas el sobrecoste que supuso el suministro de electricidad a sus clientes mediante el uso de grupos de generadores eléctricos. Las recurrentes argumentan que al considerar que la demandante estaba en su derecho de asumir los riesgos que considerara oportunos para comprometerse a suministrar electricidad a sus clientes para buscar la expansión empresarial en Valencia, la Audiencia Provincial habría prescindido de examinar si la demandante actuó de buena fe, como le exigen los preceptos legales invocados en el epígrafe del motivo. El daño habría sido causado por el comportamiento temerario de la demandante que no actuó prudentemente, respetando la praxis del sector, y optó por una solución que, conforme resulta de las pruebas practicadas, es disparatada, con lo que incumplió el deber de mitigar en la medida de lo posible el daño.

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. El alcance del deber de mitigar el daño por parte del perjudicado

1.- Las demandadas han realizado una prolija fundamentación del motivo, en la que infringen la obligación de precisión propia del recurso de casación y las exigencias derivadas de su naturaleza, puesto que mezclan argumentos de muy distinta índole, algunos jurídicos pero otros fácticos, sin realizar una identificación clara de la infracción legal que denuncian, y que obliga a la Sala a realizar un expurgo de los argumentos expuestos, rechazando los que parten de bases fácticas distintas a las sentadas en la sentencia de la Audiencia Provincial o pretenden la nueva valoración de algunas pruebas (en especial, del informe pericial realizado a instancias de las demandadas, aunque también de otras pruebas), o los argumentos que imputan a la sentencia haber realizado afirmaciones carentes de soporte probatorio, deficiencias o incongruencias en la argumentación, pues tales impugnaciones no tienen cabida en el recurso de casación.

Además, ha de partirse, como hecho probado declarado en la sentencia de la Audiencia Provincial, de que la única solución técnica posible para que Hidrocantábrico Distribución pudiera suministrar electricidad a sus clientes ante la negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes, era la que adoptó, esto es, la generación de electricidad mediante grupos electrógenos.

2.- El motivo del recurso no distingue con la suficiente precisión lo que es la imputación del daño a la propia conducta antijurídica, por irrazonable e injustificada, de quien lo sufre, del incumplimiento del deber de evitar o mitigar el daño. No obstante, dada la dificultad de delimitar con precisión estas cuestiones, tanto entre sí como respecto de otras tales como la concurrencia de culpas, que tienen en común su función excluyente o limitadora de la indemnización, y la variedad de argumentos que emplean las recurrentes, habrán de abordarse conjuntamente.

3.- En primer lugar, las recurrentes imputan a Hidrocantábrico haber provocado el daño al contratar el suministro de electricidad a determinados clientes de la Comunidad Valenciana y obligarse a tal suministro, con previsión de importantes penalizaciones si no cumplieran esta obligación, cuando, afirman, esta aventura empresarial era irracional y no podía reportarle beneficios.

Estos argumentos no pueden aceptarse. Las demandadas, en su recurso, pretenden simple y llanamente sustituir los juicios de valor realizados por la Audiencia Provincial sobre la racionalidad de la conducta de la demandante por los suyos propios. Porque lo sucedido no es que la sentencia no haya valorado la conducta de la demandante para determinar si el daño consistente en el sobrecoste en la producción de energía eléctrica es imputable a la conducta antijurídica de las demandadas o a la propia negligencia o temeridad de la demandante, sino que las demandadas no comparten la valoración hecha por la Audiencia Provincial, y la consideran infractora de los preceptos legales invocados por la sencilla razón de que no coincide con sus posiciones, que además parten en todo momento de la licitud de su actuación (que ha sido negada por los órganos administrativos competentes y por la jurisdicción contencioso-administrativa ante la que se



impugnaron las resoluciones administrativas) y de la temeridad de la demandante por intentar introducirse en un mercado ajeno al que venía siendo el suyo.

Con tal conducta la demandante se limitó a hacer uso de las posibilidades de actuación que le ofrecía la nueva regulación del sector eléctrico. No puede considerarse irracional o antijurídica una conducta de esta naturaleza.

La invocación a la "praxis" del sector para considerar temeraria la conducta de la demandante al pretender introducirse en un territorio en el que no estaba presente con anterioridad, asegurando a sus nuevos clientes el suministro con inclusión de cláusulas penales para el caso de que incumpliera tal obligación, no es aceptable, porque justamente los cambios en la normativa del sector pretendían modificar la "praxis" seguida hasta ese momento y que suponía una compartimentación territorial del mercado de la energía eléctrica mediante una serie de monopolios "naturales" que excluían la interconexión a los competidores, introduciendo elementos de liberalización y competencia en el sector eléctrico.

4.- Hidrocantábrico Distribución tenía derecho a introducirse en el mercado de la distribución de la energía eléctrica en la Comunidad Valenciana y a que Iberdrola le permitiera acceder a sus redes de distribución de electricidad para suministrar a sus clientes. Que tal actividad fuera a reportarle unos beneficios mayores o menores era cuestión a decidir exclusivamente por dicha empresa y no puede ser objeto de escrutinio judicial, como afirma la Audiencia Provincial. Es más, si se hubiera reclamado indemnización por las pérdidas sufridas por Hidrocantábrico como consecuencia de su aventura empresarial, podría traerse a colación el argumento de la mayor o menor racionalidad económica de su conducta. Pero cuando lo que se reclama es exclusivamente el aumento de coste en el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con sus clientes que supuso la ilícita negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes de distribución eléctrica, la cuestión de si la decisión empresarial de introducirse en la Comunidad Valenciana fue o no acertada se revela indiferente, y nada tiene que ver con la obligación de actuar de buena fe, pues el mayor o menor acierto de tal decisión empresarial de Hidrocantábrico no supone un incremento injustificado de la magnitud del quebranto patrimonial causado por la conducta antijurídica de Iberdrola. La única causa de este incremento fue la negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes, no amparada por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la perjudicada podía esperar razonablemente que las demandadas abandonaran en un breve plazo su negativa a permitirle el acceso a su red eléctrica, tanto más cuando la Comisión Nacional de la Energía había dado la razón a la demandante, por lo que estaba justificado acudir a esta solución de carácter provisional.

Como consecuencia de lo expuesto, la causa del daño consistente en el sobrecoste que supuso el uso de grupo electrógenos para el suministro de energía a los clientes de Hidrocantábrico no fue la decisión de esta de introducirse en el mercado eléctrico de la Comunidad Valenciana y dar garantías plenas de que pese a su novedosa presencia en tal mercado, cumpliría el suministro comprometido, pues tal conducta estaba plenamente amparada por el ordenamiento jurídico. La causa de este daño fue la ilícita negativa de Iberdrola a permitir a Hidrocantábrico acceder a sus redes de distribución eléctrica para suministrar electricidad a esos clientes.

5.- En lo que respecta al incumplimiento que se imputa a Hidrocantábrico del deber de mitigar el daño, que según afirma el recurso, la Audiencia no habría reconocido indebidamente, en la sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre, afirmamos que quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, de modo que puede considerarse que se rompe la relación de causalidad entre la actuación ilícita del tercero y el daño sufrido por el perjudicado. En tal caso, el daño pasa a considerarse consecuencia de su propia negligencia y no de la actuación ilícita del tercero, en todo o en parte, caso este último en el que puede considerarse que existe una concurrencia de culpas que determina la limitación de la indemnización a cargo del demandado.

Las recurrentes invierten este razonamiento. Afirman que mientras que el perjudicado no pruebe de forma exhaustiva y contundente, exponiendo todas las posibilidades existentes y los motivos por las que rechazó unas y aceptó otra, que actuó de forma racional, que adoptó todas las medidas necesarias para minimizar el daño y que la alternativa que adoptó ante la actuación del causante del daño fue la más adecuada para minimizar este daño, no puede otorgarse la indemnización solicitada. Esta tesis no puede aceptarse, pues atribuye al perjudicado por la conducta ilícita de un tercero una carga que el ordenamiento jurídico no le impone. Es el autor de la conducta antijurídica objetivamente apta para causar el daño quien corre con la carga de probar que la conducta del perjudicado agravó injustificadamente el daño, o que no adoptó medidas razonables para mitigarlo, pudiendo hacerlo, de modo que si tal prueba no se produce, habrá de indemnizar por entero el quebranto patrimonial que sufrió el perjudicado.



La tesis de las recurrentes consiste en que las empresas infractoras no tendrían que indemnizar las consecuencias dañosas de su conducta ilícita más que en el caso de que el perjudicado probara un estándar de conducta de una diligencia extrema encaminada a evitar que la indemnización a abonar por las infractoras fuera excesiva. Tal tesis coloca en una situación peor a quien sufrió el daño como consecuencia de una conducta ilícita que a quien realizó esa conducta ilícita que causó el daño, invierte indebidamente la carga de la prueba y extiende el deber de evitar o mitigar el daño más allá de los criterios de razonabilidad propios de esta figura, por lo que no es aceptable.

6.- Ciertamente, el ordenamiento jurídico establece en ciertos casos la obligación del perjudicado de minimizar los daños. Así, el art. 17 de la Ley del Contrato de Seguro, establece la obligación del asegurado y del tomador del seguro de emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro, de modo que, si no lo hacen, el asegurador puede reducir su prestación. El art. 77 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, en línea con lo previsto en el art. 7.4.8 de los Principios Unidroit y en el art. 88 de la Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, establece que la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento, de modo que si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida. Y el apartado primero del art. 9:505 de los principios del Derecho europeo de los contratos, bajo el título de « *deber de mitigar el daño* », establece que « *la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables* ». También textos prelegislativos como el art. 1211 de la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, a nivel interno, y el art. 163 de la propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, contienen una previsión similar.

No solo en el caso de incumplimientos contractuales, también en el caso de daños extracontractuales la jurisprudencia ha considerado contraria a Derecho la conducta del perjudicado que actúa de mala fe y no evita o mitiga el daño, pudiendo hacerlo mediante la adopción de medidas razonables.

Pero esta regla, consecuencia ineludible del principio de buena fe y entroncada con el principio de causalidad, no puede desenfocar el tratamiento que debe darse a las acciones de indemnización por daños y convertir lo que debiera ser el análisis de la ilicitud de la conducta, la existencia y cuantificación de los daños y la relación de causalidad entre una y otra, en un escrutinio de las habilidades de la víctima para eludir o reducir el daño que injustamente se le ha causado, haciendo recaer sobre el perjudicado la carga de probar que actuó racionalmente e hizo todo lo posible para evitar o reducir el daño, de modo que una prueba insuficiente sobre este aspecto supusiera la desestimación de su acción.

Tampoco puede dar lugar a la exigencia al perjudicado de comportamientos heroicos o de aceptación de la actuación ilícita del tercero como si de una fatalidad se tratara, para evitar al infractor la obligación de indemnizarle, porque exceden de la conducta razonable que es exigible al perjudicado en la evitación o minoración del daño.

7.- Tal ocurre con la conducta que las demandadas, en su recurso, consideran que habría debido adoptar Hidrocantábrico Distribución para mitigar el daño causado por la negativa de Iberdrola a permitirles el acceso a sus redes.

Las demandadas consideran que la solución adecuada para mitigar el daño habría sido, resumidamente, que los clientes de la demandante hubieran contratado directamente el suministro con Iberdrola, cediendo Hidrocantábrico sus instalaciones a Iberdrola, para que esta prestara directamente el servicio a tales clientes, o bien que Hidrocantábrico hubiera incumplido la obligación de suministro contraída con sus clientes de modo que estos hubieran debido suministrarse de Iberdrola, aunque ello impidiera a la demandante ostentar temporalmente su condición de distribuidora en Valencia (y tener que pagar las penalizaciones previstas en los contratos).

Las recurrentes confunden la obligación de todo sujeto de Derecho de actuar de buena fe, mitigando en lo posible el daño sufrido por la conducta antijurídica de un tercero, con el sacrificio injustificado de sus propios derechos e intereses legítimos, en cuanto que, de acuerdo con la tesis del recurso, esta obligación debería haber llevado a la demandante a renunciar a cumplir las obligaciones contraídas con sus clientes, a renunciar a conseguir una imagen de seriedad en un nuevo mercado, a renunciar a emprender estrategias empresariales legítimas cuando afectan negativamente a los intereses de sus competidores y a aceptar, como hecho consumado, la actuación contraria a Derecho de ese tercero, a fin de que el daño no se produjera. El alcance que las recurrentes dan a esa obligación carece de fundamento admisible, puesto que excede de los límites de lo razonable, que es el parámetro que sirve para determinar la conducta exigible al perjudicado en el cumplimiento de este deber de conducta, y porque además supondría contradecir la finalidad de la normativa



vulnerada por el causante del daño y frustrar su consecución efectiva, pues se exigiría al competidor potencial que se abstuviera de intentar competir con la empresa eléctrica ya instalada en un determinado territorio para no sufrir los daños derivados de la conducta ilícita de esta encaminada a obstaculizar la implantación de aquel.

Además, de aceptar las tesis del recurso, se podría haber causado otro quebranto patrimonial para el perjudicado (la pérdida de prestigio empresarial, que resultaría seriamente dañado por el incumplimiento de los primeros contratos concertados en un nuevo mercado, la renuncia a introducirse en ese mercado, el pago de elevadas penalizaciones) que no solo podría haber sido de una importancia considerable, sino que además podían presentar problemas en la imputación objetiva a la conducta de las demandadas, y, en ciertas partidas, en su cuantificación, con los consecuentes perjuicios para quien fue víctima de una conducta ilícita de un grupo empresarial competidor por la dificultad de exigir su resarcimiento.

Por tanto, no puede considerarse que la conducta que se pretende exigir a la demandante para mitigar los daños causados por la conducta ilícita de las demandadas se ajuste a las exigencias de razonabilidad y proporción. La sentencia de la Audiencia tampoco incurre en la infracción legal denunciada.

DUODÉCIMO.- Formulación del cuarto motivo del recurso de casación

1.- El epígrafe que encabeza el cuarto motivo de casación es el siguiente: « *Por infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil , al haberse condenado a mis representadas a indemnizar a la demandante por unos daños cuya entidad y cuantía la sentencia ni siquiera ha entrado a valorar. ».*

2.- Los argumentos que fundamentan el motivo son, sintéticamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial se ha limitado a señalar el importe de la indemnización por el simple motivo de que lo señala el perito judicial en su informe como la diferencia entre el coste de la energía en el mercado eléctrico normal y el coste real de la energía generada en los grupos electrógenos que hubieron de utilizarse ante la negativa de Iberdrola a permitir el acceso a sus redes de distribución, prescindiendo la sentencia de realizar cualquier valoración sobre la entidad, alcance e importe económico del daño, rechazando los argumentos que las demandadas alegaron con fundamento adecuado en el informe de su perito. A continuación, las recurrentes analizan la procedencia de detraer tres partidas que consideran incorrectamente incluidas en la indemnización puesto que las pruebas practicadas, y en concreto el informe pericial aportado a su instancia, justificarían tal exclusión.

DÉCIMO TERCERO.- Decisión de la Sala. El control en casación de la cuantía de la indemnización

1.- Es doctrina de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. A tenor de lo expuesto la cuantía de la indemnización no es objeto de casación, como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 290/2010, de 11 de mayo , y núm. 497/2012, de 3 de septiembre .

2.- La sentencia recurrida estableció como cuantía de la indemnización a pagar por las demandadas el mayor coste de obtención de la energía que la demandante suministró a sus clientes, producida en los grupos electrógenos que hubo que utilizar por la negativa de Iberdrola a permitir el acceso a sus redes, respecto del que hubiera tenido que abonar si hubiera podido adquirirla en el mercado libre nacional. Se trata de un criterio correcto, que no infringe ninguno de los preceptos legales invocados.

No tienen cabida en casación cuestiones que afectan a la valoración de las pruebas en las que la Audiencia Provincial ha basado la obtención de la cuantía de este daño, que corresponde además a la soberanía de la instancia, y no pueden las recurrentes pretender sustituir las conclusiones fácticas que sobre las tres partidas cuestionadas adoptó el informe pericial aceptado por la Audiencia, por las alcanzadas por el informe pericial aportado por las propias demandadas, que la Audiencia no consideró aceptables.

DÉCIMO CUARTO.- Formulación del quinto motivo del recurso de casación

1.- El quinto y último motivo de casación formulado por las demandadas lleva el siguiente epígrafe: « *Infracción del artículo 24 de la Constitución al haberse condenado a mis representadas a soportar las costas de la apelación pese a que la propia sentencia de apelación reconoce que la impugnación planteada por esta parte respecto a la sentencia de primera instancia estaba justificada en lo relativo a la alegación de incongruencia omisiva, falta de exhaustividad y motivación de dicha resolución judicial: Se sanciona a esta parte con la imposición de costas pese a que se reconoce que su alegato de incongruencia y falta de exhaustividad tenía fundamento, con el consiguiente menoscabo del derecho de esta parte a una tutela judicial efectiva.»*



2.- El motivo se basa en que la sentencia vulnera el art. 24 de la Constitución al sancionar a las demandadas con la imposición de costas por haber ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la Audiencia reconoció era incongruente y carecía de exhaustividad.

DÉCIMO QUINTO.- Decisión de la Sala. El pronunciamiento sobre costas no puede ser impugnado en casación

1.- El recurso de casación solo puede fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y no lo son las que regulan la imposición de las costas. La vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución en el proceso civil puede ser alegada en el recurso extraordinario por infracción procesal por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no en el recurso de casación.

Por tanto, la aplicación de las normas sobre costas no es susceptible de ser revisada en casación, y así lo declaramos, con cita de los autos de 23 de noviembre de 2004, 7 de diciembre de 2004, 21 de junio de 2005, 16 de enero y 8 de mayo de 2007, en recursos 1013/2004, 891/2004, 3383/01, 964/03 y 1665/2004, en la sentencia núm. 732/2008, de 17 de julio.

2.- La causa de inadmisión del motivo se convierte, en este trámite, en causa de desestimación del motivo.

Recurso de casación interpuesto por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica

DÉCIMO SEXTO.- Formulación de los motivos del recurso

1.- El motivo primero del recurso de casación de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica se encabeza con el siguiente enunciado: « Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Señalamos como infringido el art. 1.106 del Código Civil, en cuanto dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor. Se infringe dicho precepto en cuanto la sentencia no condena al pago del valor total de la pérdida en los términos en que ha sido interpretada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto dicho valor ha de ser el que corresponda al tiempo en que se hace el pago de la indemnización, procediéndose para ello a la actualización pertinente del valor que pudiera tener la pérdida en el momento de producirse. »

2.- Las razones que se alegan para fundar el motivo son, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial, al negar que la indemnización se revalorice desde el momento en que se produjo el daño hasta el momento del pago, conforme al índice de precios al consumo (IPC), ha vulnerado la jurisprudencia que al interpretar el art. 1106 en relación al art. 1101, ambos del Código Civil, afirma que al acreedor solo se le satisface conforme al citado precepto mediante el pago de un valor, el del daño sufrido, que ha de ser necesariamente el del momento en que se le resarce, puesto que la Audiencia ha entendido que solo procede la revalorización conforme al IPC cuando expresamente lo prevea una disposición legal.

3.- El segundo motivo del recurso se encabeza así: « Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Señalamos como infringido el art. 1.108 del Código Civil, en cuanto dispone que la mora del pago de una cantidad se indemniza por el pago de los intereses pactados y en su defecto por el pago del interés legal. Se infringe dicho precepto en cuanto la sentencia lo aplica a un supuesto de hecho distinto del que contempla, que es la mora en el pago de deudas de dinero, cuando en el caso de que se trata existe obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por incumplimiento de obligaciones de las demandadas; indemnización que es precisamente objeto de liquidación en el propio litigio, sin que previamente haya determinación alguna del dinero en que toda indemnización se reconvierte, y mi parte no ha reclamado nada por mora al ser ilíquida la deuda, sino que ha pedido la actualización de la indemnización. »

4.- El motivo se funda en que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el art. 1108 del Código Civil al pretender su aplicación obligatoria, que es improcedente en este caso puesto que no se trata de un deudor que haya incurrido en mora, sino de actualizar una deuda de valor, para lo cual la aplicación del interés de demora es solo uno de los posibles medios, pero que no excluye la revalorización conforme al IPC, que es lo solicitado en la demanda.

5.- La estrecha relación entre ambos motivos aconseja tratarlos conjuntamente.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. La actualización de la deuda de valor mediante la revalorización conforme al índice de precios al consumo (IPC)

1.- Esta Sala ha declarado que la obligación de indemnizar en los casos de responsabilidad extracontractual constituye una deuda de valor, pues su finalidad es la de restablecer la situación existente cuando se produjo el daño, por lo que resulta necesario adecuar su cuantía al momento en que el perjudicado recibe



la indemnización correspondiente Así lo han declarado, entre las más recientes, las sentencias de esta Sala núm. 471/2013, de 5 de julio , y 706/2014, de 3 de diciembre . Ello se explica porque en las obligaciones de esta naturaleza, el dinero no está "in obligacione" sino "in solutione", esto es, el dinero no es propiamente el objeto de la obligación (que está constituido por el resarcimiento del daño causado), sino que es el medio de cumplimiento de la obligación.

2.- Para conseguir esta adecuación pueden seguirse varios sistemas, y entre ellos, la jurisprudencia ha aceptado tanto la revalorización de la cantidad en la que en su día se cuantificó el daño conforme al IPC, como el devengo de intereses legales. En este sentido, la sentencia núm. 328/2006, de 3 de abril , tras declarar que las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual, dado su carácter resarcitorio, tienen la naturaleza de deuda de valor y que el tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, añade:

«En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la *jurisprudencia*, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1108 CC , sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto ».

3.- Lo expuesto lleva a la estimación de los motivos del recurso de casación. La perjudicada optó por la revalorización de la indemnización conforme al IPC, y tal opción es adecuada al carácter de deuda de valor de la indemnización del daño que la ilícita negativa de Iberdrola a permitir el acceso de Hidrocantábrico a sus redes causó a esta.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron que lo adecuado era el régimen de intereses moratorios previstos en el art. 1108 del Código Civil (a cuyo pago no condenaban porque no se había solicitado en la demanda, ya que lo solicitado era la revalorización conforme al IPC), pero como declara la sentencia parcialmente transcrita, la revalorización de la indemnización derivada de responsabilidad extracontractual mediante la aplicación del interés legal no deriva de que sea aplicable el art. 1108 del Código Civil , pues su función en este caso no es la de un interés moratorio, destinado a resarcir al acreedor el daño que le causó el deudor por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación, sino actualizador del valor, destinado a que el resarcimiento del perjudicado sea integral y vinculado a la interdicción del enriquecimiento sin causa, por lo que no se exige que el deudor incurra en mora para que pueda ser reclamado, ni excluye que el perjudicado opte por una actualización de la indemnización por otras vías, como la aplicación del IPC, que es la elegida por la demandante en este caso.

Por tanto, la indemnización fijada en la sentencia debe revalorizarse conforme al IPC hasta que fue consignada por las demandadas en la ejecución provisional. Dado que la cantidad en que la demandante ha cuantificado la aplicación del IPC, 4.236.238 euros, no ha sido cuestionada por las demandadas, procede incrementar la indemnización fijada en ambas instancias con dicha cantidad.

DÉCIMO OCTAVO.- Intereses

1.- Establece el art. 576.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que « en los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto ».

2.- Dado que la cantidad de 16.612.699,50 euros fue fijada como indemnización en primera instancia y consignada poco después, y que se ha revalorizado conforme al IPC hasta el momento de la consignación, se considera pertinente que solo devengue el interés legal, incrementado en dos puntos, previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la cantidad de 4.236.238 euros y a partir de la fecha de esta sentencia.

DÉCIMO NOVENO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de Hidrocantábrico Distribución y la desestimación de los recursos de Iberdrola e Iberdrola Distribución supone la desestimación de los recursos de apelación de las demandadas y la estimación de la impugnación de la demandante, por lo que procede confirmar la condena a las demandadas al pago de las costas de su recurso de apelación, pero que no se impongan a la demandante las costas de su impugnación.



2.- La estimación del recurso de casación de Hidrocantábrico Distribución y consiguiente estimación de su impugnación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia determina la modificación del fallo de esta que supone la estimación sustancial de la demanda, puesto que la indemnización que se reclamaba se reduce en una proporción muy pequeña, inferior al 5%. Por ello, procede condenar a las demandadas al pago de las costas de primera instancia, conforme al criterio sentado por esta Sala en estos casos (entre las más recientes, sentencias núm. 606/2008, de 18 de junio , y 511/2013, de 18 de julio).

3.- Lo resuelto conlleva, además, que las costas de los recursos extraordinarios interpuestos por las demandadas deban serles impuestas, y que no proceda hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación de la demandante.

4.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos por las demandadas y la devolución del depósito constituido por la demandante, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución, S.A.U." y haber lugar al recurso de casación interpuesto por "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.", contra la sentencia núm. 644/2012, de 2 de noviembre, dictada por la sección undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1023/2011 .

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la denegación de la actualización de la indemnización conforme al IPC y, en su lugar, acordamos la actualización de la indemnización conforme al IPC hasta la fecha en que la misma fue consignada, por lo que debe incrementarse en la cantidad de cuatro millones doscientos treinta y seis mil doscientos treinta y ocho euros (4.236.238 euros), que devengarán desde la fecha de esta sentencia el interés legal incrementado en dos puntos.

3.- Se imponen a las demandadas el pago de las costas de primera instancia, así como las de sus recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación. No se hace expresa imposición a la demandante de las costas de su impugnación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ni de su recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **José Ramón Ferrándiz Gabriel, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.