



Roj: **STS 7944/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7944**

Id Cendoj: **28079110012012100693**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2012**

Nº de Recurso: **618/2010**

Nº de Resolución: **662/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Badajoz, núm. 6, 05-05-2009,**  
**SAP BA 1355/2009,**  
**STS 7944/2012,**  
**AATS 12608/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz.

El recurso fue interpuesto por la entidad Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., representada por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

Es parte recurrida Dª. Juana , representada por la procuradora Dª. Ana Lázaro Gogorza.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador D. José Antonio Malle Pascual, en nombre y representación de Dª. Juana , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz, contra la entidad Endesa Distribución Eléctrica, S.L., para que se dictase sentencia:

*"por la que: 1º. Se declare la deslealtad de la conducta de la demandada.*

*2º. Se declare que la demandada ha incurrido en abuso de posición dominante.*

*3º. Se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, y en su consecuencia sea condenada a resarcir a mi representada de los daños y perjuicios ocasionados por los actos calificados de desleales, mediante el pago de la indemnización que en ejecución de sentencia se determine, cuya liquidación interesa, salvo mejor criterio judicial, se efectúe sobre las bases que se indican en el hecho undécimo de este escrito, o las que se fijen en la sentencia que en su día se dicte.*

*4º. Condenando asimismo a la demandada al pago de las costas ocasionadas."*

2. La procuradora Dª. María Teresa Sánchez-Simón Muñoz, en nombre y representación de la entidad Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:



"por la que con estimación de nuestras alegaciones, rechace de plano el contenido de la demanda, y absuelva íntegramente a nuestra mandante de todos y cada uno de los pedimentos de la demandante, con expresa condena en costas."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz dictó Sentencia con fecha 5 de mayo de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por Juana , contra la entidad Endesa Distribución Eléctrica SL, debo declarar y declaro incurso, a esta última, en abuso de posición de dominio al denegar injustificadamente el acceso a red de la solicitud actora de autos, condenándole a estar y pasar por tal declaración y a que indemnice a aquella, por lucro cesante irrogado a la misma, en la cantidad, s.e.u.o., de 1.030.310 euros, absolviéndola del resto de pretensiones formuladas en su contra, con imposición de costas a la demandada."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la entidad Endesa Distribución Eléctrica, S.L. y D<sup>a</sup>. Juana .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, mediante Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: A) Se desestima el recurso planteado por la entidad Endesa Distribución Eléctrica S.L.U. contra la sentencia de fecha 5-5-2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 6 de Badajoz y se confirma la misma.

Las costas causadas en este recurso serán satisfechas por Endesa Distribución Eléctrica S.L.U.

B) Se desestima el recurso planteado por Juana contra la sentencia de fecha 5-5-2009 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 6 de Badajoz y se confirma la misma.

Las costas causadas en este recurso serán satisfechas por Juana ."

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

5. La procuradora D<sup>a</sup>. María Teresa Sánchez-Simón Muñoz, en representación de la entidad Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1<sup>o</sup>) Infracción del apartado 2 del art. 219 de la LEC , en relación con el previo apartado 1 del mismo precepto, al haber admitido la sentencia recurrida una condena con reserva de liquidación en ejecución de sentencia.

2<sup>o</sup>) Infracción de las normas o reglas de distribución de la carga de la prueba consagradas en los apartados 2 y 3 del art. 217 de la LEC .

3<sup>o</sup>) Infracción de los apartados 1 y 2 del art. 218 de la LEC , que establecen los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias, y por infracción del derecho a obtener una resolución fundada en derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en pleito, consagrado en el art. 24 de la Constitución Española .

4<sup>o</sup>) Infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva."

Los motivos del recurso de casación fueron:

1<sup>o</sup>) Infracción del art. 1106 del Código Civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta.

2<sup>o</sup>) Infracción del párrafo primero del art. 7 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el art. 1106 del Código Civil ."

6. La Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., representada por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado; y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Juana , representada por la procuradora D<sup>a</sup>. Ana Lázaro Gogorza.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U." contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2<sup>a</sup>), en el rollo de



apelación nº 614/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 527/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Badajoz."

9. Dado traslado, la representación procesal de D<sup>a</sup>. Juana , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. La actora, Juana , propietaria de una finca rústica en Jerez de los Caballeros, sobre la que transcurre la red eléctrica de media tensión "Valuengo", de la subestación eléctrica de Jerez de los Caballeros, que gestiona Endesa Distribución Eléctrica, S.L., solicitó a esta última el acceso a la red de distribución de energía eléctrica de la instalación fotovoltaica que quería promover en su finca.

Endesa Distribución Eléctrica, S.L., que tenía obligación de contestar en 15 días, no lo hizo dentro de este plazo legal, sino más tarde, y para denegar la solicitud por falta de capacidad de la red en el punto que la actora proponía.

La actora demandó a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. para que se declarara que con su negativa a dar acceso a la red de distribución de energía había realizado un acto de abuso de posición de dominio y se le condenara a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la frustración del negocio, que debían determinarse en ejecución de sentencia.

2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la demandada a indemnizar por el lucro cesante sufrido por la actora como consecuencia del reseñado abuso de posición dominante, en la suma de 1.030.310 euros, aunque añadió la mención "s.e.u.o". La sentencia, siguiendo los parámetros fijados en la demanda, cifró en aquella suma los rendimientos económicos netos que habría logrado la actora en 25 años de vida útil de la planta fotovoltaica.

Esta sentencia de primera instancia fue confirmada en apelación, al desestimar la Audiencia los recursos formulados por ambas partes.

3. Frente a la sentencia de la Audiencia, Endesa Distribución Eléctrica, S.L. formuló recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en cuatro motivos:

i) Al amparo del art. 469.1.2º LEC , la infracción del art. 219.2 LEC , al haber admitido la sentencia recurrida una condena con reserva de liquidación en ejecución de sentencia.

ii) Al amparo del art. 469.1.2º LEC , por vulneración de las reglas de distribución de la carga de la prueba previstas en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC , porque era a la actora y no a la demandada a quien le correspondía "acreditar la probabilidad, cercana a la certeza, de que su proyecto habría llegado a buen fin, en el plazo necesario, y de que, consecuentemente, se habrían generado las ganancias concedidas en concepto de lucro cesante".

iii) Al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC , "por vulneración de los apartados 1 y 2 del art. 218 LEC , que establecen los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias, y por infracción del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en pleito, consagrado por el art. 24 CE ". La sentencia de apelación eludió tratar una de las objeciones formuladas por la demandada (que su actuación sólo pudo haber provocado un retraso mínimo en la evolución del proyecto, pero no su total frustración), por entender que se trataba de una cuestión nueva, cuando no lo era.

iv) Al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC (" vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española "), por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia recurrida habría infringido este derecho porque, "al estimar la condena al pago de un lucro cesante relativo a un proyecto fotovoltaico que se considera que no pudo continuarse por la denegación de acceso a la red por parte de Endesa Distribución Eléctrica, S.L., se contradice diametralmente con otra dictada con anterioridad por la misma Audiencia Provincial (de fecha 6 de julio de 2009, en los autos de recurso 267/2009), sin que medie justificación alguna de dicho cambio de criterio".



4. El recurso de casación se basa en dos motivos. El primer motivo denuncia la infracción del art. 1106 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que el "lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 CC " y que "las ganancias reclamadas como lucro cesante no han de ser dudosas y contingentes y sólo fundadas en esperanzas", sin que resulten "indemnizables los perjuicios derivados de la no obtención de resultados posibles pero inseguros y desprovistos de certidumbre".

El segundo motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 7 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en particular "la que establece el deber de un acreedor a una indemnización o restitución de evitar o mitigar el daño, en relación con el art. 1106 CC ".

5. La parte recurrida además de oponerse a ambos recursos, respecto del recurso extraordinario por infracción procesal alega la improcedencia de su admisión, porque la consignación del depósito exigido para recurrir ( Disposición Adicional 15ª LOPJ ) fue extemporánea. Esta consignación no se constituyó hasta que la Audiencia le concedió un segundo plazo, no previsto por la ley, para subsanar la falta de acreditación del depósito, cuando previamente ya se le había concedido un plazo de dos días para ello.

Procede rechazar esta objeción a la admisión del recurso de acuerdo con lo que argumentamos a continuación.

El examen de las actuaciones muestra que la Diligencia de Ordenación de 4 de febrero de 2010, acordó requerir al recurrente para que en el plazo de dos días subsanase el defecto de acreditación del depósito para recurrir. Al día siguiente de la recepción de este acto de comunicación, el 5 de febrero de 2010, Endesa verificó la consignación del 50 € para el recurso de casación. Y la Diligencia de Ordenación de 10 de febrero de 2010, constatada la falta de aportación del resguardo del depósito relativo al recurso extraordinario por infracción procesal concedió al recurrente un plazo de dos días para esta subsanación. Al día siguiente de la recepción de este segundo acto de comunicación, el 11 de febrero de 2010, Endesa realizó la consignación de 50 € para el recurso extraordinario por infracción procesal.

La Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión con ocasión de un supuesto similar al estimar el recurso de queja planteado contra la denegación de la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal, por falta de constitución del depósito para recurrir, porque bastaba el plazo de una audiencia para consignar el depósito preceptivo ( ATS de 27 de septiembre de 2011, recurso de queja núm. 379/2011 ). En aquel caso estimamos la queja porque se entendió que de los dos días que habían sido concedidos al recurrente para la subsanación del defecto de falta de consignación de los depósitos para recurrir, le quedaba una audiencia para justificar la consignación referida al recurso extraordinario por infracción procesal, y en el momento en que el Tribunal rechazó su recurso la primera actuación que hizo el recurrente fue poner de manifiesto su error en la creencia de que solo era necesario una única consignación y procedió a realizar en aquel momento la consignación de los otros 50 €, entendió la Sala en aquella ocasión que a la parte le restaba el plazo de una audiencia y el tribunal de apelación le tenía que haber requerido para aclarar si era para interponer recurso de casación o el extraordinario por infracción procesal o en su caso realizar la consignación de otros 50 €. De igual modo en el presente caso en la primera audiencia se realizó la primera consignación y al ser requerido por el tribunal de apelación para consignar el segundo depósito también en la primera audiencia lo llevó a cabo. De este modo cabe entender que cuando realiza el primer depósito le resta todavía una segunda audiencia que agota al realizar la segunda consignación de forma inmediata al segundo requerimiento.

#### **Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: condena dineraria con reserva de liquidación al trámite de ejecución**

6. El primer motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC : " *infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia* ". En concreto, entiende que se ha infringido lo regulado en el apartado 2 del art. 219 LEC , que prohíbe que la sentencia deje para ejecución de sentencia la liquidación de la cantidad objeto de condena, salvo que fije con claridad y precisión las bases para su liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

El recurso argumenta que la demanda había pedido que se condenara a la demandada al pago de una indemnización por el lucro cesante, y que esta cantidad se liquidara en el trámite de ejecución de sentencia sobre las bases que se indicaban en el cuerpo de la demanda. La sentencia de primera instancia condena al pago de una cantidad, 1.030.310 euros, pero con la mención "s.e.u.o" (salvo error u omisión), de tal forma que la propia fundamentación jurídica de la sentencia añade para explicar el alcance de esta indicación: "ello sin perjuicio asimismo de cualquier error material o de cálculo, en el que, según se opone, pudiere haber incurrido el informe" empleado para su calculo, que podría "ser subsanado y debatido, en su caso, en sede de ejecución, sin variar la estimación global positiva que de dicho informe se hace". El recurso aduce que la sentencia de apelación, en la medida que confirma la de primera instancia, infringe el citado art. 219 LEC , al establecer una condena al pago de una cantidad de dinero y reservar su liquidación al trámite de ejecución de sentencia.



El recurso debe estimarse parcialmente, en cuanto que procede suprimir la mención "s.e.u.o.", de acuerdo con las razones que exponemos a continuación.

7. En principio, cabe apreciar que el tribunal de instancia ha liquidado la cuantía objeto de condena, que ha cifrado en 1.030.310 euros, y esta liquidación la ha realizado como prevé el propio art. 219 LEC, en la propia sentencia y como consecuencia de la valoración de la prueba practicada, siguiendo las bases propuestas en la demanda. Tanto la procedencia de la aplicación de estas bases como los cálculos de la liquidación han sido objeto de enjuiciamiento en el procedimiento plenario, que es lo que pretende la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo por el cual no se aprecia ninguna vulneración del art. 219 LEC.

Pero también es cierto que el fallo incluye la mención "s.e.u.o" al cuantificar la indemnización en 1.030.310 euros. Esta mención en ningún caso puede suponer que, como argumenta la propia sentencia de primera instancia, pueda rectificarse en el trámite de ejecución de sentencia ("ello sin perjuicio asimismo de cualquier error material o de cálculo, en el que, según se opondrá, pudiere haber incurrido el informe aludido, que por su carácter eminentemente técnico excede de la valoración de este juzgador, pudiendo en todo caso ser subsanado y debatido, en su caso, en sede de ejecución, sin variar la estimación global positiva que de dicho informe se hace").

Si dejamos a un lado la posible rectificación de un error material que, al amparo del art. 214 LEC, cabe realizar sin necesidad de introducir ninguna mención específica en el fallo de la sentencia, no procede permitir que en el trámite de ejecución pueda modificarse la cuantía previamente fijada en el fallo de la sentencia, pues contraría la *ratio legis* del art. 219 LEC.

8. Como recordábamos en la Sentencia 601/2011, de 19 de diciembre: "el artículo 219 LEC ha puesto fin a una viciosa práctica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los tribunales para la ejecución de sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución. Dicho precepto responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética ( STS 18 de diciembre de 2009 ); norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma «ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración» ( STS 18 de mayo de 2009 ).

El artículo 219.2 LEC solo permite relegar a la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta del importe de la condena si se fijan con claridad y precisión las bases para su liquidación. Esta, en principio, deberá consistir en una simple operación aritmética, según la literalidad de la LEC, aunque cabe imaginar otros supuestos en que la necesidad de evitar la indefensión justifique esta posibilidad. Fuera de los supuestos en que concurra la pertinente justificación, según indica expresamente el artículo 219.3, inciso primero, LEC, no se permitirá al tribunal que al dictar sentencia la condena se efectúe con reserva de liquidación para la fase de ejecución. Este sistema normativo se completa con lo previsto en el artículo 219.3, inciso segundo, LEC, conforme al cual «se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

9. La mención salvo error u omisión, contenida en el fallo de la sentencia de primera instancia, interpretado conforme al último inciso del fundamento jurídico quinto, antes transcrito, supone diferir para la ejecución de sentencia la posibilidad de modificar el importe de la indemnización e infringe la previsión contenida en el art. 219 LEC. El efecto consiguiente no es anular toda la sentencia, sino tan sólo la reseñada mención contenida en el fallo de la sentencia de primera instancia, luego confirmada por la de apelación, y con ello estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por Endesa Distribución Eléctrica, S.L.

#### **Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: infracción de las reglas de la carga de la prueba**

10. La indemnización concedida por los tribunales de instancia presupone algo que no se discute, que la demandada llevó a cabo un acto de abuso de posición de dominio, y que como consecuencia de ello se frustró el negocio proyectado por la actora de promover en su terreno una planta fotovoltaica. El recurso entiende que para que pudiera prosperar la indemnización por lucro cesante, era necesario declarar acreditado que este proyecto, de no haber existido la actuación de la actora, hubiera podido realizarse y, para ello, la actora hubiera podido culminar todos los trámites antes de una determinada fecha, el 29 de septiembre de 2008.



El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se basa en la infracción de las reglas de la carga de la prueba, en concreto de las previstas en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, pues entiende que la sentencia ha obviado que era la actora quien debía acreditar que el proyecto de la planta fotovoltaica, si no hubiera existido la negativa de la demandada, se hubiera podido realizar con éxito y a tiempo.

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

**11.** Como hemos afirmado en otras ocasiones, "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria" ( Sentencia 333/2012, de 18 de mayo ). Por eso, en el presente caso, no ha existido ninguna vulneración de esas reglas, pues el tribunal de apelación no aplicó estas reglas, sino que consideró acreditado la referida cuestión controvertida, después de valorar toda la prueba practicada. Así se desprende del propio fundamento quinto citado por el recurso: "en todo caso, lo que es cierto es que, de no haber sido por la actuación de la demandada el actor-apelado podía haber seguido adelante con su proyecto como así ha ocurrido en otros casos coincidentes en el tiempo y en el espacio con la solicitud del demandante".

Al mismo tiempo, hemos de recordar que esta alegación de la alteración de las reglas de la carga de la prueba, en el recurso extraordinario por infracción procesal, no ampara una revisión de la prueba pues, según ha declarado esta Sala, no son normas de valoración de prueba (Sentencia 333/2012, de 18 de mayo y sentencia 377/2010, de 14 de junio ).

### **Tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: falta de congruencia y de motivación**

**12.** El tercero de los motivos, formulado al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC, es la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 218 LEC, respecto de las exigencias de motivación y congruencia de las sentencias, así como la infracción del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

La demandada y ahora recurrente aduce que en su contestación ya había objetado, como un argumento de defensa frente a la pretensión indemnizatoria de la actora, que el pretendido retraso del proyecto de la actora en modo alguno podría considerarse, en su caso, enteramente imputable a la negativa de Endesa de darle acceso a la red de distribución de energía eléctrica. Esto es, que dicha negativa tan sólo podría haber generado un mínimo retraso en la evolución del proyecto de la actora, pero no su total frustración, dada la multitud de trámites administrativos que debería haber superado la actora.

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

**13.** En realidad, el recurso acumula dos alegaciones distintas e incompatibles en un mismo motivo: la incongruencia omisiva, por no pronunciarse sobre uno de los motivos de la oposición de la demandada, y la falta de motivación.

Como hemos aclarado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 54/2012, de 6 febrero, «la incongruencia constituye un motivo y la falta de motivación otro, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente ( SSTS 1 de diciembre de 1998 ; 25 enero 1999 ; 2 de marzo de 2000 ; 25 septiembre 2003 ). En consecuencia, no cabe hablar de falta de motivación desde la perspectiva casacional por el hecho de que la sentencia hubiera dejado de pronunciarse sobre determinadas pretensiones de las partes, pues precisamente la falta de motivación ha de ponerse en relación con el pronunciamiento que se considera inexplicado y ausente de respaldo; lo que cabalmente es distinto e incompatible con la incongruencia que (...) consiste en la falta de pronunciamiento o en el pronunciamiento discordante con el objeto del proceso y las alegaciones efectuadas por las partes en defensa de sus pretensiones».

**14.** El Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una



determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión" ( SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo ).

Propiamente, en nuestro caso, no cabe hablar de falta de motivación, pues la Audiencia muestra las razones por las que considera que ha existido un abuso de posición de dominio por parte de la demandada, al denegar el acceso a la red de distribución eléctrica, y por qué este acto ha frustrado unas ganancias para la actora, por lo que debe ser indemnizada en la cuantía a la que condena a la demandada. También existe motivación suficiente sobre la determinación del importe de la indemnización.

Con ello se colma la exigencia constitucional de motivación que, como hemos recordado en otras ocasiones ( Sentencias 297/2012, de 30 abril , y 523/2012, de 26 de julio ), en el marco de la doctrina constitucional expuesta, "no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que sea escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución ".

**15.** Tampoco se aprecia incongruencia omisiva de la sentencia, porque da respuesta, no sólo a las pretensiones contenidas en la demanda, a la vista de la *causa petendi* invocada, sino también a las razones aducidas en la contestación para oponerse.

Conviene enmarcar la cuestión controvertida con la doctrina de esta Sala sobre la congruencia de la sentencia y las consecuencias de esta exigencia. Con carácter general, "la congruencia a que se refiere el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE - exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente" ( Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012 , con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio ). De este modo, la congruencia de la sentencia exige una adecuación entre lo resuelto - parte dispositiva- y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi* . Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberse resuelto, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso.

Más en concreto, como recuerda la Sentencia 739/2008, de 21 de julio , "los tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido en los escritos de alegaciones, rectores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción, pues la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la « *causa petendi* » y determina incongruencia y no cabe objetar la aplicación del principio « *iura novit curia* » para justificar el cambio".

En este sentido, para la jurisprudencia constitucional, la incongruencia omisiva o *ex silentio* "se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" ( SSTC 25/2012, de 27 de febrero , y 40/2006, de 13 de febrero ).

En el presente caso, no puede hablarse de incongruencia omisiva porque, si bien es cierto que la sentencia de apelación, al comienzo del fundamento jurídico quinto (titulado "lucro cesante. La cuantificación del perjuicio"), califica de cuestión nueva la relativa al apartado "retraso del proyecto" del recurso de apelación, y por ello afirma que no puede ser objeto de análisis, a continuación, como a mayor abundamiento, entra a resolver y afirma: "en todo caso, lo que es cierto es que, de no haber sido por la actuación de la demandada el actor-apelado podía haber seguido adelante con su proyecto, como así ha ocurrido en otros casos coincidentes en el tiempo y en el espacio con la solicitud de la demandante". Este razonamiento es suficiente para considerar analizada la objeción formulada en la contestación a la demanda y reiterada en el recurso de apelación. Y ello, con independencia de que la argumentación de la Audiencia, que ratifica la del Juzgado de Primera Instancia, convenga o no a la parte recurrente.

**16.** A mayor abundamiento, conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 44/2008, de 10 de marzo , y reiterada por la STC 25/2012, de 27 de febrero , que advierte de "(l)a necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa



de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas (...), respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno." En nuestro caso, la reseñada objeción de la demandada es una mera alegación para tratar de justificar que la frustración del negocio no era imputable enteramente a su actuación, que no exigía una respuesta explícita y pormenorizada, y resulta suficiente la otorgada por el tribunal de instancia.

#### **Cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: sentencias del mismo tribunal con criterios contradictorios**

17. El cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia que el tribunal de apelación, al confirmar la procedencia del lucro cesante, se contradice con el criterio que había seguido en un caso anterior (sentencia de fecha 6 de julio de 2009, rollo de apelación 267/2009), con el que existe una identidad de razón. Esta contradicción, argumenta el recurso, constituye una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que supone una vulneración en el proceso civil de un derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE.

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

18. En primer lugar hemos de partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, que podemos encontrar compendiada en la STC 161/2008, de 12 de diciembre: "en una línea jurisprudencial iniciada en la STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 6, este Tribunal ha venido señalando que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales". De modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración:

i) la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3);

ii) de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ 4; 229/2001, de 11 de noviembre, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 3);

iii) de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 66/2003, de 7 de abril, FJ 5);

iv) de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997, de 15 de julio, FJ 7; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2; 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 3 y 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 31/2008, de 25 de febrero, FJ 3);

v) y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*" (STC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 67/2008, de 23 de junio, FJ 4).

19. Es cierto que, como argumenta el recurso, existe una aparente contradicción entre el criterio aplicado por la misma Audiencia de Badajoz en aquella sentencia de 6 de julio de 2009 (rollo de apelación 267/2009), que podemos calificar de precedente judicial, y el aplicado en la posterior que ahora es motivo de recurso de extraordinario por infracción procesal y casación, concurriendo una identidad sustancial en los supuestos fácticos objeto de enjuiciamiento.

i) En el denominado precedente judicial, que también juzgaba un asunto en el que había habido una negativa tardía e injustificada de acceso a la red de distribución eléctrica, por parte de Endesa, a quien pretendía promover una planta fotovoltaica, la Audiencia de Badajoz denegó la indemnización por lucro cesante por entender que no estaba justificado su apreciación. Para ello, aportó dos razonamientos, uno general sobre la integración del lucro cesante, y otro particular sobre su apreciación en aquel caso concreto.

Con carácter general, la Audiencia argumentó que "la integración del lucro cesante, como elemento de indemnización no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos "sueños de ganancia", y se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización, de tal forma que el reconocimiento del lucro





cesante se encuentra supeditado al acreditamiento de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado".

Y, a continuación, en relación con el caso concreto, la Audiencia de Badajoz añadía en aquel precedente que: "lo cierto es que no es posible determinar, con las exigencias expuestas anteriormente, que el actor haya dejado de percibir determinadas hipotéticas ganancias que se fundaban, primero, en la realización de determinados trámites administrativos de los que no es posible asegurar que fueran favorables, y segundo, de que la instalación estuviera efectivamente en marcha, que dependía de otros condicionamientos técnicos en relación con otros interesados en el acceso a la línea solicitada por el actor, y, en fin que conseguido superar esto, la actividad productiva se iniciara en el perentorio plazo indicado reiteradamente por el propio actor y que condicionaba sustancialmente las referidas supuestas ganancias".

ii) En contraposición con la aplicación de estos razonamientos del precedente, en el caso que ahora es objeto de recurso, la Audiencia aprecia la existencia de un lucro cesante porque entiende que "de no haber sido por la actuación de la demandada el actor-apelado podía haber seguido adelante con su proyecto, como así ha ocurrido en otros casos coincidentes en el tiempo y en el espacio con la solicitud de la demandante". Y añade que "la denegación injustificada del acceso a la red le ha impedido a la actora seguir con su proyecto y obtener, eventualmente, unas ganancias no seguras pero sí verosímiles y calculadas sobre datos ciertos y objetivos".

A pesar de la parquedad del razonamiento de la segunda sentencia, cabe apreciar una contradicción con respecto de la primera sentencia, pues, atendida la identidad de supuestos enjuiciados, de facto en este segundo caso se obvian las circunstancias advertidas por el precedente judicial para no considerar razonables las supuestas ganancias dejadas de obtener, que dependían de complejos trámites administrativos, que era seguro se hubieran podido solventar a tiempo, y "otros condicionamientos técnicos en relación con otros interesados en el acceso a la línea solicitada por el actor", que a la postre convertían en "excesivamente" hipotético la obtención de aquellas ganancias.

**20.** Pero no concurre el requisito de que haya sido el mismo tribunal el que hubiera dictado las dos resoluciones. La sentencia de 6 de julio de 2009 (rollo de apelación 267/2009) fue dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz (con sede en Mérida), mientras que la sentencia objeto del presente recurso fue dictada por la sección 2ª de la propia Audiencia Provincial de Badajoz. Como ya hemos expuesto antes, para que pueda apreciarse una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, el Tribunal Constitucional exige que quien se haya apartado de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en un caso esencialmente igual haya sido el mismo tribunal, y entiende por tal la misma sección o sala, al margen de los magistrados que la componen, pero no otra sección distinta de una misma Audiencia Provincial.

#### **Recurso de casación: lucro cesante**

**21.** El primer motivo de casación se basa en la infracción del art. 1106 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que el "lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 CC" y que "las ganancias reclamadas como lucro cesante no han de ser dudosas y contingentes y sólo fundadas en esperanzas", sin que resulten "indemnizables los perjuicios derivados de la no obtención de resultados posibles pero inseguros y desprovistos de certidumbre".

**22.** La jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en la sentencia 289/2009, de 5 de mayo, entiende que "el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de 'la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor', o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (sentencia 175/2009, de 16 de marzo), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (sentencias 274/2008, de 21 de abril)".

Aunque la existencia del perjuicio por este concepto deba "ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso" (sentencias 289/2009, de 5 de mayo; 274/2008, de 21 de abril; y las citadas por esta última: SSTs de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 67/2005, de 4 de febrero, 631/2007, de 31 de mayo, 977/2007, de 18 de septiembre).

En el presente caso, el tribunal de instancia parte de la consideración de que la actitud obstruccionista de la demandada, que retrasó la contestación a la petición de acceso a la red de distribución eléctrica y, luego,



la denegó injustificadamente, constituyó un abuso de posición de dominio que ocasionó la frustración del negocio que promovía la actora de instalación de una planta fotovoltaica. El tribunal de instancia no tiene duda de la relación de causalidad entre la denegación de acceso a la red y la frustración del negocio, pues constituía una *conditio sine qua non*. Tampoco tiene duda de que a la vista de lo ocurrido con otros que promovieron una planta fotovoltaica en condiciones similares de espacio y tiempo, la actora hubiera podido llegar a concluir el proyecto.

Por el momento en que se hizo la solicitud de acceso a la red de distribución eléctrica (15 de mayo de 2007), siguiendo los trámites de la Orden de la Consejería de Economía y Trabajo de la Junta de Extremadura de 29 de enero de 2007, y por el plazo perentorio de 15 días que pesaba sobre Endesa para contestar, el retraso en contestar (25 de junio de 2007) y la negativa injustificada a dar acceso frustró definitivamente el negocio, pues obligó a recurrir a la Comisión Nacional de Energía, y para cuando ésta resolvió favorablemente para la actora, pues le reconocía el derecho de acceso a la red de distribución eléctrica en relación con la planta fotovoltaica que se iba a ubicar en su parcela (3 de abril de 2008), la dilación ocasionada impedía que la actora pudiera llegar a tiempo de tener la planta fotovoltaica puesta en servicio y su "inscripción definitiva" en el registro administrativo de instalaciones de producción de régimen especial antes del 29 de septiembre de 2008. Esto último equivalía a frustrar un negocio muy concreto y pautado, porque la actora perdía la posibilidad de acogerse a los beneficios derivados de un régimen retributivo muy beneficioso que, para fomentar la instalación de este tipo de plantas de energía renovable, preveía el Real Decreto 661/2007. Es el carácter pautado del negocio frustrado, representado por el carácter previsible del importe de la inversión, la producción de energía y su asegurada venta, así como la retribución bonificada prevista reglamentariamente, así como la vida útil de la instalación (cuando menos 25 años), el que contribuye a considerar, en este específico caso, verosímil y razonable la ganancia dejada de obtener, objeto de indemnización como lucro cesante.

Es cierto que la instalación de la planta hubiera exigido una inversión económica y, además, la presentación de un aval, pero, sin perjuicio de que estos gastos se tuvieran en cuenta para el cálculo del previsible beneficio neto, muy previsible por la capacidad de generar energía de la instalación y el precio de retribución beneficiada previsto por el reseñado RD 661/2007, la sentencia recurrida ha sobrentendido que la actora, al realizar la solicitud de acceso, ya contaba con la capacidad financiera necesaria para instalar la planta fotovoltaica, y ello no vicia, en este particular caso, la apreciación del lucro cesante.

En cuanto al cálculo de la ganancia dejada de obtener, los parámetros empleados son objetivos, pues están extraídos del informe del Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energías del Ministerio de Industria, y resulta razonable su determinación, de acuerdo con el informe pericial.

Bajo estas circunstancias, no consideramos que la apreciación llevada a cabo por el tribunal de instancia haya conculcado la jurisprudencia antes expuesta sobre la indemnización del lucro cesante, razón por la cual procede desestimar este primer motivo de casación. La frustración del negocio ha provocado algo más que una pérdida de oportunidad (desaparición de la probabilidad de un suceso favorable), ha evitado una ganancia futura previsible, susceptible de ser indemnizada como lucro cesante, en atención a las circunstancias expuestas en los párrafos anteriores.

### **Segundo motivo de casación: mala fe de la actora por no mitigar el daño**

**23.** El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 7 CC, en relación con el art. 1106 CC, y la jurisprudencia que impone al solicitante de una indemnización el deber de mitigar el daño, basado en la buena fe (sentencias 784/2005, de 28 de octubre; 471/2003, de 14 de mayo; y 31/2000, de 28 de enero).

Este motivo presupone que la actora podía y debía haber mitigado el perjuicio y que, al dejar de hacerlo, la demandada no puede considerarse causalmente responsable del mayor agravamiento de los daños ocasionados.

El motivo debe desestimarse porque plantea una cuestión nueva que no se había suscitado en la instancia.

### **Costas**

**24.** Estimado parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

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

**FALLAMOS**



Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 2ª) de 22 de diciembre de 2009 (rollo de apelación 614/2009), que desestima los dos recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz de 5 de mayo de 2009 (juicio ordinario 527/2008) y confirma el fallo de dicha sentencia. Declaramos la nulidad de la mención "s.e.u.o" contenida en el fallo de la sentencia, conservando validez el resto de sus pronunciamientos. No imponemos las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. frente a la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 2ª) de 22 de diciembre de 2009 (rollo de apelación 614/2009), e imponemos las costas de la casación a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, 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.