

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 24 DE OCTUBRE DE 2016 (624/2016)**

**Corresponde a las comercializadoras responder
por los daños causados
por el defectuoso suministro eléctrico**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense
Consultor Académico de *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2016

RoJ: STS 4628/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:4628**

ID CENDOJ: 28079119912016100027

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Asunto: Indemnizado por el asegurador un siniestro consistente en los daños causados por los picos de tensión debidos al defectuoso suministro eléctrico, se ejercitaba por vía subrogatoria la oportuna reclamación de responsabilidad contractual contra las dos compañías comercializadoras de energía eléctrica, sin que la demanda se dirigiera contra la distribuidora, con la que, a la sazón, la perjudicada no tenía contrato alguno (ni menos aún la aseguradora de ésta, obviamente). El Tribunal Supremo entiende que las comercializadoras deben responder, sin que ello signifique que los consumidores no puedan reclamar directamente contra las empresas distribuidoras. No es preciso, en fin, que tengan que verse abocados a averiguar en cada caso quién es la compañía distribuidora de la electricidad. Las comercializadoras podrán en todo caso exigir de tal distribuidora lo que corresponda.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Legitimación pasiva de la comercializadora. 5.2. Una ocasión perdida para dejar resuelto el tema pendiente. 5.3. Los sujetos del sector eléctrico. 5.4. Continúan las dudas sobre el régimen aplicable. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Allianz Seguros, S.A. se había ocupado de indemnizar los daños causados por los picos de tensión sufridos por Euro Roca, S.L. en su factoría de Las Gándaras de Budiño, sita en Porriño (Pontevedra), y ejercitó, por subrogación, la acción prevista en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro contra quienes consideraba ser los responsables del siniestro, que no eran otras que las empresas comercializadoras de la energía eléctrica: Endesa Energía, S.A. (en lo sucesivo, Endesa) y Axpo Ibérica, S.L.U. (en adelante, Axpo, que cuando sucedieron los hechos era EGL Energía Ibérica, S.L., EGL en lo sucesivo). La demanda aducía que, existiendo relación contractual de suministro eléctrico con ambas, la responsabilidad contractual no alcanzaba a la entidad distribuidora de energía sino solamente a las dos demandadas.

Endesa contestó a la demanda negando su legitimación pasiva y aduciendo que las actividades de distribución, transporte y venta de la electricidad, según lo dispuesto en el art. 41.1.a) de la *Ley 54/1997, del Sector Eléctrico*, (LSE, en adelante), corresponden a las empresas distribuidoras. La misma excepción de falta de legitimación pasiva era opuesta por Axpo: dentro de las obligaciones que competen a las comercializadoras, no se encuentra la de suministrar la energía eléctrica de forma regular, continua y con los niveles de calidad establecidos en las normas legales y reglamentarias, sino que todo ello a quien compete es a las distribuidoras. Además, esta codemandada argumentaba que conforme al art. 135 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, en adelante), el responsable es el productor de la energía.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de O Porriño, en sentencia de 2 de mayo de 2013, estimó la demanda y condenó a las comercializadoras demandadas en las cuantías pretendidas por el actor: EGL había de pagar 991,10 euros y Endesa quedaba condenada al pago de 7198,72 euros.

3. Solución dada en apelación

Solamente Axpo (antes EGL) recurrió en apelación, pero la sentencia de la Audiencia de 20 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso. Admitiendo que existían ciertas contradicciones en las sentencias de las Audiencias Provinciales, lo cierto es que si la normativa vigente permite la venta directamente desde la comercializadora al consumidor, es entonces la empresa que vende la energía la que debe responder cuando hay alteración del producto vendido o del servicio prestado. Y ello, cualesquiera que sean las relaciones entre las comercializadoras y la distribuidora, unas relaciones a las que el consumidor es ajeno.

4. Los motivos de casación alegados

Nuevamente disconforme con la respuesta de la Audiencia, Axpo recurrió en casación alegando la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, contradicción que incluso existe aun dentro de unas mismas Audiencias. Así, el criterio de considerar que la legitimación activa alcanza también a las comercializadoras fue el seguido por las SSAP de Madrid, Sección 12^a, de 27 de abril de 2010 y Sección 21^a de 30 de marzo de 2010; pero en cambio las SSAP de Madrid, Sección 25^a, de 3 de abril de 2009 y 22 de noviembre de 2010 prefieren entender que la reparación de los daños producidos por la falta de suministro o las deficiencias en el mismo solamente se puede exigir a la empresa distribuidora.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Legitimación pasiva de la comercializadora*

La sentencia objeto de este comentario mantiene que entre el perjudicado por el fallo eléctrico y la sociedad demandada existe un contrato de suministro de energía eléctrica y es justo ese ámbito contractual el que exige una adecuada provisión de esa energía, con independencia de la relación que ésta tenga con el suministrador para exigirle lo que estime procedente. Recuerda la Sentencia que desde la LSE, se liberalizó el sector eléctrico, y ya en ese marco, lo que preocupó al legislador no era otra cosa que garantizar un correcto suministro de la energía eléctrica, y no entrar a regular las relaciones jurídicas privadas que se deriven entre los diferentes participantes en el proceso

Ciertamente, no creo que fuera necesaria una sentencia plenaria para resolver algo que ya tenía una respuesta bastante clara. Es uno de esos casos en los que había soluciones contradictorias en las Audiencias Provinciales, pero

es que para eso está precisamente, entre otros motivos, el recurso de casación, conforme a lo previsto en art. 477.3 LECiv. Como director de esta *Colección de Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (civil y mercantil)* pude decir en el acto de presentación celebrado el 29 de octubre de 2008 en el Colegio de Registradores que la sede de las deliberaciones plenarias, jurisdiccionales o no, fortalece la discusión científica y apunta en dirección a la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que estas sentencias tienen de partida una sana vocación de unificación definitiva de criterios. Pero de unificación de criterios ante las contradicciones preexistentes en la jurisprudencia de la propia Sala. Y dije allí que es eso lo que hace que la iniciativa en su día tomada por el Presidente de la misma constituyera para la jurisprudencia civil un auténtico acontecimiento.

Que exista diversidad de soluciones en las Audiencias Provinciales es suficiente razón para que un recurso de casación se admita a trámite, pero no para que la sentencia correspondiente tenga que ser plenaria. A mi entender, son demasiadas las sentencias plenarias que se están pronunciando (lo que, dicho sea de paso, permite vaticinar que esta Colección esté llamada a perdurar durante bastantes años...). Pero es que además no se ha querido aprovechar la oportunidad para sentar una doctrina clara y sólidamente construida. Ésta era una buena ocasión para poner orden en algo importante y necesitado de respuestas en el campo de la responsabilidad civil desde hace mucho tiempo. ¿Cómo vertebrar la condición legal de la electricidad como *producto* y a la vez, como *servicio*? ¿Cómo coordinar los dos regímenes de responsabilidad, ciertamente distintos, que presentan los artículos 136 y 148 del TRLGDCU? Ciertamente, el litigio no discurría por los cauces de esta normativa, pero el caso es que una de las codemandadas sí se había defendido en la instancia invocando el TRLGDCU.

5.2. *Una ocasión perdida para dejar resuelto el tema pendiente*

Resolver todo con la aplicación del Código civil es demasiado fácil, si bien hay que excusar al Tribunal Supremo, dado que éste no era un litigio de consumo, por lo que acabo de decir. Pero el que una de las partes hubiera hecho uso de la normativa de consumidores y usuarios habría merecido aprovechar la ocasión. Para decir que el contrato, si no se cumple y el incumplimiento causa daños, éstos han de ser reparados (artículo 1101 del Código civil) y de paso, recordar que el artículo 1258 está para integrar los contratos y permite decir que éstos obligan a todo lo que dicen y también a todas las consecuencias que impone la buena fe, los usos y la ley para eso no hacen falta deliberaciones plenarias. Ni muchas ni pocas. Lo que hace falta es desentrañar la responsabilidad objetiva o sin culpa de los productores cuando fabrican productos defectuosos y compaginarla acaso con la responsabilidad de los suministradores finales de productos defectuosos y, desde luego, con la responsabilidad de los proveedores de los servicios. Téngase en cuenta que en el TRLGDCU han ido a parar al tiempo, y entre otras, las normas de la *Ley 26/1984*,

de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, en lo sucesivo) y las de Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos (LRCPD, en adelante), y que desde la entrada en vigor de ésta, se gobernaban con ella los productos defectuosos, pero a los servicios había que buscarlos en aquélla. Y recuérdese también que la LGDCU sí era propiamente una ley cuyos destinatarios eran los consumidores y usuarios, pero la LRCPD amparaba a cualquier perjudicado por el producto defectuoso, fuera consumidor o no lo fuera. Refundidas todas *uno actu*, habría sido de agradecer que el Tribunal Supremo hubiera entrado a conocer de unos preceptos que, aunque no se le hubieran invocado por la entidad recurrente en casación sino sólo en la instancia, bien merecían que se fijara para lo sucesivo una interpretación («*iura novit Curia*»). De hecho, el art. 128 TRLGDCU establece que «*todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*». Y ello, sea tal perjudicado consumidor o usuario o no lo sea. Por lo tanto, nada impedía que se pudiera entrar a conocer en casación de normas que, a mi entender, eran aplicables. No se olvide que el art. 218.1, p^o 3^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un mandato muy claro: «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

Se habría tal vez llegado a la misma conclusión en el caso concreto, pero por lo mismo, la cuestión sigue pendiente. Desde luego que el perjudicado, consumidor o no, puede reclamar del distribuidor, del comercializador o de los dos. Ya lo aconsejaba así De Ángel Yágüez (2006, pg. 10) cuando sucedía que, no habiéndose aprobado todavía el TRLGDCU, a la responsabilidad de fabricantes y distribuidores de productos defectuosos le era de aplicación la LRCPD, pero para los servicios defectuosos lo aplicable era la LGDCU. Pero es que seguramente se pueda decir que raras veces la electricidad es un producto *defectuoso*, más allá de casos en los que la electricidad no alcanza los niveles de calidad de acuerdo con los criterios legales de diferenciación por áreas y tipología de consumo (art. 45.1.g LSE). Es un producto *peligroso*, pero, con algunas excepciones, lo defectuoso no es el producto sino el servicio de suministro de la energía eléctrica. Y si tenemos presentes los preceptos que interesan del TRLGDCU –invocados por la codemandada Axpo en la contestación a la demanda, aunque no en casación, lo que provocó que el Tribunal Supremo no los tuviera a la vista–, junto con los que interesan de la LSE, esta sentencia podría haber resultado sumamente interesante.

5.3. Los sujetos del sector eléctrico

Dice el art. 1.1 LSE que «la presente Ley regula las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, consistentes en su generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios

intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico».

Por lo pronto, contamos con una primera dificultad, de carácter puramente terminológico: a la entidad que resulta ser «la última de la cadena», es decir, la que tiene relación contractual con el perjudicado (sea consumidor o no), que en el régimen común es llamada indistintamente «distribuidor», «suministrador» o «proveedor» (que es el término que usan los arts. 138.2 y 146 TRLRCPD). En cambio, en la producción y venta de energía eléctrica, la *galería de sujetos* intervinientes presenta una extraordinaria complejidad, conforme a lo establecido en el art. 5 LSE.

a) Los *productores de energía eléctrica* son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros, así como las de construir, operar y mantener las centrales de producción.

b) Los *operadores del mercado* son sociedades mercantiles que asumen la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica.

c) Los *operadores del sistema* son sociedades mercantiles que garantizan la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte.

d) Los *transportistas* son sociedades mercantiles que tienen la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte.

e) Los *distribuidores* son sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo. A éstas se refiere la STS de 24 de octubre de 2016 cuando apunta que el comercializador responsable lo es «sin merma del derecho a la acción de repetición que en su caso pueda ejercitar la comercializadora contra la empresa de distribución de energía eléctrica».

f) Los *comercializadores*, son, finalmente, sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente Ley. En la sentencia que se comenta, eran las entidades demandadas, con quienes el perjudicado había celebrado los oportunos contratos

g) Los *consumidores* son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. A su vez, puede haber consumidores que adque-

ran energía directamente en el mercado de producción, y que se denominan Consumidores Directos en Mercado. Y también consumidores que están habilitados para la reventa de energía eléctrica para servicios de recarga energética, así como para el almacenamiento de energía eléctrica para una mejor gestión del Sistema Eléctrico, a quienes la ley denomina gestores de cargas del sistema.

Son, desde luego, manifiestamente mejorables algunas definiciones legales, pues no hay un exceso de *elegantia iuris* cuando se dice eso de que los transportistas son las entidades que transportan y los distribuidores son las que distribuyen, aunque al menos los comercializadores tienen una definición propia de legisladores conspicuos, pues son quienes acceden a las redes de transporte o distribución para adquirir energía y venderla. Pero al margen de estos detalles, es llamativo que a quien se sitúa en el último eslabón se le llama «comercializador», y se reserva el término «distribuidor» a quien le antecede a él.

Una comercializadora de electricidad tiene como función la venta de energía eléctrica a los consumidores, tengan o no la condición de cualificados, mientras que a la empresa distribuidora de energía le corresponde la transmisión de la energía desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones de calidad. La distribuidora se compromete a permitir el acceso a las redes por parte de la comercializadora, y mantener un nivel de servicio de calidad en el suministro eléctrico. En el caso en examen, Euro Roca, S.L. había celebrado sus contratos de suministro con las comercializadoras Endesa y EGL (luego sucedida por Axpo), y a ellas demandó, sin preocuparse en averiguar quién o quiénes eran las distribuidoras. Una conducta procesal que el Tribunal Supremo considera correcta, con independencia de que resolver en este recurso la incontestable legitimación pasiva de las comercializadoras no ha de «interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores». Ni tampoco, como ya he indicado, la posibilidad por parte de las comercializadoras de repetir contra la empresa de distribución.

5.4. *Continúan las dudas sobre el régimen aplicable*

Se observará que en la sentencia el discurso se limita a solamente dos de los sujetos implicados en las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: las comercializadoras demandadas y la distribuidora no demandada, cuya presencia en el proceso de suministro servía a las demandadas para defender la falta de legitimación pasiva de las mismas con el pretexto de que era a aquélla a quien hay que demandar. Vano pretexto, aunque no tan vano, si se comprueba cómo no faltan las sentencias que señalan a la distribuidora como responsable. Pero el caso es que de quien nunca se habla es de los *productores*, que son en definitiva quienes tienen la función de generar energía eléctrica, construir, operar y mantener las centrales de producción.

La LSE contiene un régimen sancionador, pero ningún régimen de responsabilidad civil, pues el art. 59.2º se limita a decir que las infracciones administrativas «se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales o de otro orden en que puedan incurrir las empresas titulares de actividades eléctricas o sus usuarios», lo que significa que el legislador ha considerado suficiente hacer una remisión tácita. Una remisión que resulta ser al Código civil si hemos de estar a lo que la jurisprudencia nos enseña, pero que *lege lata*, no podría ser otra que a la normativa de consumidores y usuarios.

Hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. *La electricidad es considerada como producto* en el art. 6 TRLGDCU: «A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, *así como el gas y la electricidad*». Pero al mismo tiempo, el art. 148, dedicado a la *responsabilidad por servicios defectuosos*, somete a sus dictados los «servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad».

2. *La responsabilidad del productor* tiene un carácter que a primera vista parece de carácter objetivo. En efecto, el art. 136 TRLGDCU dispone: «*El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*». No se hace, pues, mención alguna a la culpa. La prueba del defecto es sólo prueba de identificación del producto y de las circunstancias en que su uso dio lugar al resultado dañoso, sin que sea preciso probar nada más. El productor no se podrá exonerar demostrando la no-culpa; es más, ni siquiera le valdrá cualquier modo común de ruptura del nexo causal: la absolución únicamente cabe si consigue acreditar una o alguna de las causas tasadas de exoneración que pone a su disposición el art. 140: a) que no había puesto en circulación el producto; b) que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; y e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. Ciertamente, alguna de ellas sí implica una falta de culpa y no una falta de causa, lo que permite pensar en que esta normativa contiene una suerte de sistema híbrido entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva (así, Basozábal Arrúe, 2015).

3. A su vez, el *proveedor* tiene, en sede de responsabilidad por productos, una presencia más bien escasa, y que seguramente encaja con dificultad en el terreno de la energía eléctrica. Y son dos las ocasiones en que se presenta como responsable. En primer lugar, después de que el art. 138.1 considere productor al que lo es de un producto terminado, de cualquier elemento integrado

en un producto terminado o de una materia prima, se añade en el art. 5 que, sin perjuicio de lo dispuesto en ese precepto, también se considera productor al importador en territorio de la Unión Europea, al fabricante aparente, pero también, cuando el productor no puede ser identificado, al proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. En segundo lugar, el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, y sin perjuicio de que pueda después ejercitar la acción de repetición contra el productor (art. 146).

4. Finalmente, el régimen de la *responsabilidad por daños causados por servicios* conserva en el TRLGDCU el mismo aspecto *misterioso* que tenían los arts. 26 y 28 LGDCU, aunque en algunos puntos ese misterio haya quedado atenuado, acaso porque el Gobierno –en definitiva, autor de todo Texto Refundido–, haya cometido una vez más alguna suerte de exceso, al separar lo que en las normas de la LGDCU era un verdadero *totum revolutum* de productos y servicios. Desde luego, parece más claro que antes que existe un régimen general de responsabilidad subjetiva (aunque por culpa presunta) en el art. 147: «*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*». Junto a él, aparece un régimen especial diseñado alrededor de una descripción bastante farragosa acompañada de una enumeración que en la LGDCU era casi exhaustiva pero que en el texto vigente es menos amplia lo que es lo mismo, más propia de un régimen auténticamente especial.

Esa descripción farragosa es la del art. 148.1: «*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*». La enumeración aparece en el n.º 2 del mismo artículo: «*En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte*».

Como dice Parra Lucán (2009, pg. 1668), «la dificultad de aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el TRLGDCU a los sujetos que desarrollan las actividades de suministro de energía eléctrica consiste entonces en identificar si son productores o suministradores, a efectos del art. 138 del TRLGDCU, o prestadores de un servicio, a los efectos del art. 148 del TRLGDCU». Resulta entonces que, si la electricidad es considerada como producto, solamente cabría condenar a la entidad comercializadora por el estrecho cauce de los arts. 138.2 (imposibilidad de identificación del productor con la tesitura añadida

de que la comercializadora no identificara frente al perjudicado en el plazo de tres meses al productor o a quien le hubiera suministrado o facilitado a ella la energía) o 146 (suministro de la electricidad a sabiendas de sus defectos).

Siendo ello así, y si se califica la energía eléctrica como servicio, cabría (dicho sea también *teóricamente*) la atribución del régimen de responsabilidad (al parecer, severamente objetiva, si hay que estar a la optimista interpretación habitualmente dada por la doctrina al precepto y a su antecesor art. 28.2 LGDCU) solamente a quienes se dedican a los servicios de instalación o revisión de los sistemas eléctricos (art. 148.2). Y entonces, para los servicios relacionados con la electricidad que no encajen en esas rúbricas, hay dos posibilidades. Una sería aplicarles el régimen de responsabilidad por culpa presunta previsto en el art. 148.1, de tal suerte que respondería la comercializadora salvo que probara el cumplimiento de los requisitos establecidos y los cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. En pura lógica formal, esta solución encaja en el sistema.

Pero la otra solución es la que en la actualidad ha concitado el parecer prácticamente unánime de los autores. Si la propia Ley considera producto a la electricidad, y si para consumir electricidad hace falta su previo suministro, hacer discurrir a las comercializadoras por la regla general de los servicios sería un subterfugio para huir del régimen de la responsabilidad por productos, que es el explícitamente querido por ley. Y por eso cada vez son más los autores que, con muy buen criterio, consideran que el «suministro» (que no es ni «servicio de instalación» ni «servicio de revisión de los sistemas eléctricos») no se ha de regir por la regla general de los servicios (art. 148.1), sino que él mismo ha de tener la condición de producto. Así lo consideró la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001, o las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Huesca de 24 de junio de 1999, de Almería de 20 de marzo de 2001 y de Gerona de 15 de junio de 2007. En la doctrina, hacen valer esta idea Martín Casals y Solé Feliú (2003, pg. 21), así como Rodríguez Llamas (2003, pg. 165), Seuba Torreblanca (2008, pg. 116), Parra Lucán (2008, pgs. 986 y 987) y en obra monográfica, Barceló Doménech (2008, pgs. 107 y ss.).

La coexistencia de los regímenes de la LGDCU de 1984 y la LRCPD de 1994 ofrecía un panorama demasiado complicado para ser realmente operativo. Pero lo cierto es que debería el Tribunal Supremo percibir, aunque sea casi diez años después de aprobado el TRLGDCU, que una solución segura para combinar la caracterización de la energía eléctrica como producto y como servicio es precisamente la apuntada. La responsabilidad civil de la comercializadora de electricidad se gobierna por el régimen de los productos (arts. 136 y ss., y señaladamente, art. 140), y la de las empresas que instalan, revisan o acometen tareas de mantenimiento, por el régimen especial de los servicios (art. 148.2).

5.5. *Conclusión*

No sorprende en absoluto que en el litigio que dio lugar a la STS de 24 de octubre de 2016 prefiriera la empresa, perjudicada por los picos de tensión,

limitarse a hacer lo que habitualmente se hace: olvidarse del régimen de la responsabilidad por daños causados por los productos y los servicios defectuosos previsto en el TRLGDCU y limitarse al Derecho común de contratos. Ésa era la tesitura que ofrecían las SSAP de Cantabria de 29 de septiembre de 2003, de Barcelona de 29 de junio de 2004, 23 de febrero de 2005 y 6 de junio de 2007, de Valencia de 27 de junio y 14 de julio de 2005, de Cuenca de 3 de noviembre de 2004, de Granada de 21 de abril de 2006, de Madrid de 16 de enero y 8 de octubre de 2007, de Córdoba de 30 de enero de 2007, o de Asturias de 4 de junio de 2007. Sí sorprende, tal vez, que la comercializadora demandada no se defendiera haciendo uso de las válvulas de escape que ofrece el TRLGDCU, que solamente utilizó en primera instancia. Y, desde luego, lo que más sorprende es que el Tribunal Supremo haya perdido nuevamente la ocasión –y esta vez, en Pleno– para establecer una doctrina que aporte seguridad jurídica a un sector que la necesita mucho.

No parece que esta sentencia vaya a producir un cambio de estrategia en los pleitos por los daños producidos por el suministro eléctrico: (i) existe responsabilidad contractual de la comercializadora; (ii) existe la posibilidad de hacer valer la responsabilidad extracontractual de la distribuidora; y (iii) no hay tampoco nada que impida la demanda conjunta y solidaria contra ambas. De hecho, el art. 128.2 lo permite así, siguiendo lo que con anterioridad disponía el art. 15 LRCPD: «*Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar*».

Los esfuerzos que hiciera Rojo y Fernández-Río en 1974 para construir un régimen basado en las normas del Código civil para la responsabilidad del fabricante merecían que, algo más de cuarenta años después, y aprobadas nuevas leyes, el Tribunal Supremo se esforzara algo también en vertebrar unas y otras.

6. Bibliografía

- BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico*, ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- BASOZÁBAL ARRÚE, *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, ed. BOE, Madrid, 2015.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «¿Puede ser la electricidad “producto defectuoso”? », en *Práctica. Derecho de daños. Revista de Responsabilidad civil y seguros*, n° 44, diciembre 2006, pgs. 6 y ss.
- MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, «20 problemas en la aplicación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», en *Práctica. Derecho de daños. Revista de Responsabilidad civil y seguros*, n° 9, 2003, pgs. 6 y ss.

- PARRA LUCÁN, en Martínez de Aguirre (coord.), De Pablo Contreras, Pérez Álvarez y Parra Lucán, *Curso de Derecho civil, vol. II. Derecho de obligaciones*, ed. Colex, Madrid, 2008.
- PARRA LUCÁN, «Artículo 136. Concepto legal de producto», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, pgs. 1653 y ss.
- PARRA LUCÁN, «Artículo 148. Régimen especial de responsabilidad», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, pgs. 1739 y ss.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, ed. Aranzadi, Cizur Mayor, 2003.
- ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974.
- SEUBA TORREBLANCA, «Concepto de producto», en Salvador Coderch y Gómez Pomar (editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pgs. 105 y ss.