



Roj: **STS 4531/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4531**

Id Cendoj: **28079130032015100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/11/2015**

Nº de Recurso: **1912/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 18695/2012,**
STS 4531/2015

SENTENCIA

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

Visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1912/2013, interpuesto por Iberdrola Generación S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia de 21 de diciembre de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 290/2009, sobre la quinta emisión primaria de energía, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 21 de diciembre de 2012, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS totalmente el presente recurso nº 290/2009, interpuesto por la entidad Mercantil IBERDROLA GENERACIÓN,S.A. representada por el procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, contra las resoluciones ya referenciadas, las desestimaciones presuntas - luego expresas por resolución del Subsecretario del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 16 de abril de 2.009 a las que se amplió el recurso- de los recursos de alzada interpuestos primero contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y de Minas de 9 de mayo de 2008, que convocaba la quinta emisión para el día 10 de junio, y que aprobaba el contrato marco y las Reglas de la quinta subasta a que hace referencia la Disposición Adicional vigésima del R.D. 1634/06 (clausulas 3.5.2.2 y 2.4), y por el que se establecieron las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación de emisiones primarias de energía eléctrica; y segundo contra la resolución de la Secretaría General de la Energía -SGE-, de 9 de junio de 2008, sobre precios de reserva de la quinta emisión primaria de energía eléctrica; resoluciones todas ellas que se confirman por ser conformes a derecho en su integridad.

Sin condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Iberdrola Generación S.A., ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Secretaria Judicial, por diligencia de ordenación de 9 de abril de 2013, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 30 de mayo de 2013, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte



sentencia por la que, de conformidad con el artículo 95 L.J ., estime el mismo y, consecuentemente, case y anule la sentencia recurrida.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 2 de diciembre de 2013, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia que desestime el recurso e imponga las costas del mismo a la parte recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 27 de octubre de 2015, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de diciembre de 2012, que desestimó el recurso interpuesto por Iberdrola S.A., también aquí parte recurrente, contra la desestimación presunta de las dos resoluciones siguientes: a) la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 9 de mayo de 2008, que estableció determinados aspectos de la quinta emisión primaria de energía, y b) la resolución de la Secretaría General de Energía de 9 de junio de 2008, que estableció los precios de reserva para la quinta emisión primaria de energía, y una vez interpuesto el recurso contencioso administrativo, el mismo se amplió contra la Resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, de 16 de abril de 2009, que desestimó expresamente los anteriores recursos de alzada.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en cuatro motivos, formulados los tres primeros al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, y el motivo cuarto por el cauce de la letra c) del mismo precepto legal.

El primer motivo denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, pues aunque la Administración pueda disponer de una potestad genérica para ello, la Secretaría General de Energía carece de una habilitación reglamentaria que le permita fijar el precio de reserva de la quinta subasta, como efectivamente hizo.

El motivo segundo alega la vulneración del artículo 348 LEC y de la jurisprudencia que veta valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica.

El motivo tercero invoca la infracción de la disposición adicional 16ª de la Ley del Sector Eléctrico y de los artículos 6 LOPJ y 27.1 LJCA, que permiten fundar la nulidad de un acto impugnado en la de la disposición que le sirve de cobertura, así como de las STS de 25 de mayo de 2010 (recursos 35/2008 y 37/2008).

El motivo cuarto alega la infracción del artículo 31.2 LJCA y de la jurisprudencia que lo desarrolla, que permite a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo reconocer directamente en sentencia el derecho a percibir una indemnización que compense los daños causados por un acto o disposición declarados nulos, sin necesidad de acudir previamente a la vía administrativa, así como infracción de la jurisprudencia que establece que deben ser integrados los términos del suplico con los que resulten de la motivación del recuso, a la hora de determinar la verdadera pretensión ejercitada por la parte recurrente.

TERCERO.- El motivo primero del recurso de casación alega que la Secretaría General de Energía carece de una habilitación reglamentaria que le permita fijar el precio de reserva de la quinta subasta, pues la mención genérica de la Disposición Adicional 20ª.8º del RD 1634/2006 a la posibilidad de que la Administración fije las características de las opciones de compra, no puede interpretarse como una norma atributiva de dicha competencia a la mencionada Secretaría General.

Expone la parte recurrente que la Disposición Adicional 20ª.8º del RD 1634/2006 lleva a cabo una habilitación a la Administración para que dicte una disposición reglamentaria, que delimite con vocación de generalidad y permanencia determinados aspectos de la subasta, y en uso de esa habilitación, la Dirección General de Política Energética y Minas dictó una resolución en cuya virtud, a su vez, habilita a la Secretaría General de Energía para fijar el precio de reserva, estimando la parte recurrente que la primera de las dos habilitaciones citadas contradice frontalmente el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno, que atribuye únicamente carácter reglamentario a las disposiciones aprobadas por Real Decreto por el Consejo de Ministros, y a las disposiciones aprobadas por Orden Ministerial, y siendo ello así respecto de la delimitación general de las reglas de las subastas, efectuada por Resolución de 9 de mayo de 2008, con mayor razón cabe afirmar que la Secretaría General de Energía carecía de habilitación para fijar el precio de reserva.



Sobre esta cuestión se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 25 de mayo de 2010 (recursos 35/2008) y 27 de marzo de 2015 (recurso 501/2012), esta última en relación con la habilitación que resulta de la Disposición Adicional 20ª.8º del RD 1634/2006 para el desarrollo de las emisiones primarias de energía primera a quinta (subastas EPE), a la que también se refiere el presente recurso, y la primera en relación con la habilitación contenida en la Disposición Adicional Primera del RD 324/2008 sobre el desarrollo de las subastas EPE sexta y séptima, desestimando las citadas sentencias que dicha habilitación infrinja el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno , porque estaba limitada a la determinación de las medidas de ejecución de la regulación de las subastas contenida en los citados Reales Decretos.

La citada sentencia de 25 de mayo de 2010 efectuó los siguientes razonamientos, que reiteró la sentencia de 27 de marzo de 2015 :

La pretensión de nulidad del artículo 4, apartado 2 , y de la disposición adicional única 2 del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero , basada en el argumento de que la habilitación a la Secretaría General de Energía para determinar, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, la regulación concreta de las subastas, que incluye la definición de las características de las opciones, la potencia a subastar y el volumen de cada producto, el precio de ejercicio, la metodología para el cálculo de los precios de salida, las condiciones, normas y fecha de las subastas, y la forma de entrega y ejercicio de las opciones, contradice lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , e infringe el principio de jerarquía normativa, al atribuirle a dicha autoridad administrativa facultades normativas para dictar reglamentos, debe desestimarse, puesto que consideramos que no autoriza a determinar el régimen jurídico de las subastas, sino exclusivamente a fijar aquellos aspectos de carácter ejecutivo de ordenación de las distintas subastas.

Debe referirse que el invocado artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , se limita a enunciar el nomen iuris de los reglamentos, según la autoridad gubernamental que los adopte, sin que determine quien es el titular de la potestad reglamentaria, que corresponde al Gobierno, según lo establecido en el artículo 97 de la Constitución .

Desestimamos el primer motivo del recurso por las razones expuestas en nuestra precedente sentencia, que son de plena aplicación al presente caso.

CUARTO.- El motivo segundo alega que la sentencia recurrida, al valorar la prueba pericial, incurrió en infracción del artículo 348 LJCA y de la jurisprudencia de la Sala que veta valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irrazonables o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica.

Se refiere la parte recurrente a la valoración efectuada por la Sala de instancia del dictamen pericial denominado "Informe Económico sobre la Quinta Subasta de Emisiones Primarias de Energía" (Informe Nera), aportado por la parte recurrente y en el que se ratificó el perito.

Para la parte recurrente, dicho informe acredita, más allá de toda duda, que el precio obtenido a través de las subastas dista mucho de ser el resultado de una subasta competitiva, sin que obste a dicha conclusión la afirmación realizada en la sentencia de que "el precio de remate obtenido en esa quinta subasta ha superado incluso el de reserva propuesto por la sociedad recurrente.

La sentencia recurrida, en efecto, declaró como hecho acreditado que el precio de remate obtenido en la quinta subasta EPE había superado incluso el precio de reserva propuesto por la sociedad recurrente, y apoyó esa conclusión fáctica en la documentación reunida en el expediente, en especial, en el Informe de la Comisión Nacional de la Energía y por la gráfica comparativa de precios de la quinta emisión de energía primaria, con los siguientes razonamientos:

(...) del expediente confidencial remitido se desprende que el precio de remate obtenido en esa quinta subasta ha superado incluso el de reserva propuesta por la sociedad recurrente aun cuando este a su vez estaba muy por encima de otros precios de mercado perfectamente comparables, como son los precios de los mercados de futuros de productos equivalentes OMIC y OTC, lo que confirma que en una subasta competitiva como la que se desarrolló, los propios pujadores son los que valoran el producto, y en esta ocasión lo hicieron por encima de la cotización del mercado OMIP y de la estimación de los propios vendedores. Y estos extremos se han ratificado por el pronunciamiento de la Comisión Nacional de Energía de 22 de enero de 2008 -folios 165 y siguientes- y por la gráfica comparativa de precios de la quinta emisión de energía primaria, advertidos por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y que esencialmente van en contra de las conclusiones del informe pericial de parte sin que por ello se puedan admitir éstas sin más por esta Sala.

Sobre la valoración de la prueba, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones, entre ellas, en sentencias de 24 de septiembre de 2008 (recurso 2114/2006) y 23 de marzo de 2010 (recurso 6404/2005), que la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al



órgano judicial que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración no ha sido incluida como motivo de casación en el orden Contencioso- Administrativo en la LJCA, lo cual se cohonestaba con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia.

No obstante, la anterior regla general de imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia, admite excepciones en los contados casos delimitados por la jurisprudencia, entre ellas, cuando se sostenga y demuestre, invocando el motivo de la letra d) del artículo 88, apartado 1, de la Ley 29/1998, la infracción de algún precepto que discipline la apreciación de pruebas tasadas, o que esa valoración resulta arbitraria o ilógica, como alega la parte recurrente en este caso.

Pero estas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por este Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo de la base de que la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia queda excluida del análisis casacional, la revisión de esa valoración en casación únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala de instancia se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar los datos y razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido.

En este caso no puede sostenerse que la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia sea irracional o arbitraria, pues descansa en un Informe de la Comisión Nacional de la Energía que obra en el expediente, y aunque existe un error en su cita, es claro que la sentencia impugnada se refiere al "Informe de Supervisión sobre el desarrollo y propuesta de mejoras de la quinta subasta de emisiones primarias de energía", de fecha 2 de octubre de 2008.

El informe Nera, en su resumen ejecutivo señala (páginas i a iii), como valoración general del desarrollo de las subastas de emisiones primarias de energía, que los precios de reserva establecidos por el Ministerio *"han incumplido el requisito de reflejar el precio por debajo del cual los vendedores hubieran preferido no vender"* y que *"en las subastas celebradas hasta el momento se ha producido una situación de exceso de oferta que, combinada con precios de reserva que subestimaban el valor real de los contratos objeto de subasta, ha hecho que las subastas se cierren habitualmente a precios inferiores al valor real de los mercados"*.

Sin embargo, el informe de supervisión de la quinta subasta EPE de la CNE recoge el parecer de los representantes de la CNE en la subasta, que a partir de la información certificada por el Administrador de la subasta, consideraron que la misma se había realizado *"de forma objetiva, no discriminatoria y que no se han apreciado indicios de que el proceso se haya realizado de forma no competitiva"* (página 2 del informe).

El informe de supervisión de la CNE indicó que en la quinta subasta EPE, se subastó una potencia de 2.224 MWq, de los que el 89,9% (2.000 MWq) correspondía al producto base y el restante 10,1% (224 MWq) al producto punta, y en cuanto a la relación entre el precio de reserva fijado por la Administración y otros precios equiparables, el informe llegó a las siguientes conclusiones:

- *"por primera vez para todos los períodos de entrega, el precio total de la energía resultante de la quinta subasta para todos los productos base, fue superior a las cotizaciones de productos, con el mismo período de entrega, en el mercado de futuros gestionado por OMIP, así como en las cotizaciones del mercado OTC"* (página 25).

- *"si se comparan los precios resultantes de la quinta subasta EPE, para los productos base, con los contratos equivalentes registrados en OMIP el día anterior y el día de la celebración de la subasta, los precios resultantes de la quinta EPE fueron superiores a las cotizaciones de los futuros, mientras que son similares a las cotizaciones registradas en OMIP el día posterior a la celebración de la subasta"* (página 27).

- *"Por su parte, el precio resultante de la quinta subasta fue superior, por primera vez para todos los productos base subastados, a las referencias de cotización, tanto el día anterior al de celebración de la subasta como el día de celebración de la subasta, de los contratos de futuros, con el mismo período de entrega, en el mercado gestionado por OMIP y en el mercado no organizado (OTC)"* (página 42).

Las anteriores afirmaciones se repiten en las consideraciones finales del informe décima y decimocuarta (páginas 54 y 55).

Es cierto que los apartados anteriores se refieren a los precios de los productos base subastados, que fueron superiores a los precios de referencia que cita, sin que tal afirmación incluya los precios de los productos punta, pero hemos de tener en cuenta al respecto que, como antes se ha dicho, la gran mayoría de la potencia subastada, prácticamente el 90%, correspondía al producto base, y respecto del producto punta, el informe de la CNE no ofrece datos comparativos, lo que se justifica en el propio Informe por la circunstancia de que *"ni*



el mercado de futuros gestionado por OMIP, ni en el mercado OTC se negocian productos punta" (página 54), lo que impide efectuar la misma comparación.

Por tanto, las conclusiones valorativas de la Sala de instancia se basan en los datos y consideraciones del Informe de Supervisión de la CNE que se ha citado, al que otorga en su conjunto un mayor peso de convicción que a la prueba pericial aportada por la parte recurrente, sin que pueda considerarse irrazonable o arbitraria dicha valoración de la prueba.

Se desestima el segundo motivo del recurso de casación.

QUINTO.- El motivo tercero del recurso denuncia la infracción de la Disposición Adicional 16ª de la Ley del Sector Eléctrico y de los artículos 6 LOPJ y 27.1 LJCA, que permiten fundar la nulidad de un acto impugnado en la de la disposición que le sirve de cobertura, así como la vulneración de la jurisprudencia de esta Sala recogida en las dos sentencias de 25 de mayo de 2010, que anuló el artículo 3.1 del RD 324/2008, de contenido idéntico a la Disposición Adicional 20ª, apartado 5º, del RD 1364/2006.

La parte recurrente había expuesto en su demanda (FD 5º) la identidad de los contenidos del artículo 3.1 del RD 324/2008 y de la Disposición Adicional 20ª, apartado 5º, del RD 1364/2006, sobre el ámbito subjetivo de las subastas sexta y séptima y de las subastas primera a quinta, respectivamente, y había alegado en consecuencia que las razones del Tribunal Supremo para anular la primera disposición, eran perfectamente aplicables a la segunda, que era la norma de cobertura de los actos impugnados en el recurso.

La Sala desestimó los argumentos de la demanda, señalando al respecto (FD 4º):

Sin embargo debe ponerse de relieve a este respecto, como ya hizo la Sección 8ª de esta Sala en sentencia de tres de noviembre del año dos mil diez, que la disposición impugnada en los referidos recursos de que ha conocido el Tribunal Supremo no es el R.D. 1.634/2006 -que es el fundamento de las resoluciones impugnadas en este recurso- sino el R.D. 324/2008, por lo que difícilmente pueden afectarla a aquél los pronunciamientos de tales sentencias.

El apartado 5º de la Disposición Adicional 20ª del RD 1634/2006 estableció que, en las subastas EPE primera a quinta, participasen como oferentes los operadores dominantes, en las proporciones de Endesa el 50% e Iberdrola el 50%, aplicadas a la potencia máxima a ofertar.

En parecidos términos, el artículo 3.1 del RD 324/2008 determinó, para la sexta y séptima subastas EPE, que en ellas participasen como vendedores los productores de energía eléctrica Endesa e Iberdrola, que tenían la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico, en la proporción del 50% cada uno.

Las STS de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (recursos 35/2008 y 37/2008), advierten que la Disposición adicional 16ª de la Ley 54/1997 es inequívoca cuando señala que la emisión primaria de energía ha de ser realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de dominantes en el sector eléctrico, sin que exista base legal para sostener que, entre estos, hayan de designarse algunos y no todos, pues la DA 16ª de la Ley 54/1997 no emplea términos ambiguos, sino precisos, al referirse a los "operadores dominantes en el sector eléctrico", que es una figura con perfiles definidos en la legislación del sector (Disposición Adicional 3ª del RD Ley 6/2000, introducida por el artículo 19 del RD Ley 5/2005), que no alude a quienes tuviesen una posición de dominio según los cánones usuales del derecho de defensa de la competencia, o fuesen más o menos "pivotal", sino a quienes ostenten, en concreto, una cuota de mercado superior al 10%, y basta esa condición, sin que sea precisa ninguna otra adicional, para que se ostente la cualidad de operador dominante en el sector.

Concluyen su razonamiento las STS citadas indicando que el artículo 3.1 del RD 324/2008 se aparta del mandato legal, cuando reduce a dos, sin base normativa suficiente, el número de operadores dominantes sujetos a él.

En el presente recurso hemos de mantener idéntica conclusión, pues la Disposición Adicional 20, apartado 5º, del RD 1634/2006 se apartó del mandato legal al reducir a dos el número de operadores dominantes que debía participar en la quinta subasta EPE, cuando el número de operadores dominantes según el concepto legal de dicha figura era superior a ese número, como resulta de la publicación por la CNE de las relaciones de operadores dominantes en los sectores energéticos, en cumplimiento de las previsiones de la DA 3ª del RD Ley 6/2000, que en relación con los períodos que interesan a este recurso fueron las aprobadas por acuerdos de su Consejo de Administración de 16 de febrero de 2006 y 25 de abril de 2007.

Por tanto, y como señaló la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2015 (recurso 4393/2015), que se pronunció sobre esta misma cuestión en relación con la tercera subasta EPE, al ser idéntico el contenido de la disposición adicional 20ª del RD 1634/2006 y del artículo 3.1 del RD 324/2008, al reducir uno y otro el ámbito subjetivo de los vendedores en las subastas EPE a los operadores dominantes Endesa e Iberdrola, las



mismas razones, antes expresadas, que llevaron a esta Sala, en las citadas sentencias de 25 de mayo de 2010, a declarar nulo el precepto del RD 324/2008, determinan que se alcance igual conclusión en relación con el apartado 5º de la disposición adicional 20ª del RD 1634/2006 .

De conformidad con los anteriores razonamientos, debemos de estimar el motivo tercero del recurso.

SEXTO.- El cuarto motivo del recurso de casación, formulado al amparo de la letra c) del artículo 88.1 LJCA , alega que la sentencia impugnada incurrió en un triple error en cuanto a la pretensión indemnizatoria ejercitada en la demanda, pues, por un lado, identificó incorrectamente la misma como una pretensión realizada al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 , cuando cualquiera que fuera la denominación de la acción, lo que pretendía la parte recurrente era el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, dejándole indemne, en caso de estimarse la demanda, de los perjuicios que indebidamente había sufrido, por otro lado, la sentencia expone que no es posible acceder a la pretensión indemnizatoria en la sentencia, sino que la acción indemnizatoria debe ejercitarse previamente ante la Administración, y finalmente, la sentencia tampoco acierta al afirmar que el perjuicio invocado por la parte recurrente debe desecharse por completo, dado que el precio de reserva fijado por la Administración no había tenido influencia en la quinta subasta, pues el precio de remate obtenido fue superior al de reserva propuesto por la sociedad recurrente y a otros precios de mercado perfectamente compatibles, cuando los perjuicios que reclama la parte recurrente se referían únicamente a la venta del producto punta, siendo inequívoco que, en contra de lo afirmado en la sentencia impugnada, el precio de remate del producto punta fue siempre inferior al precio fijado por Iberdrola.

La parte recurrente indica en este motivo que el mismo refunde los enumerados como motivos sexto, séptimo y octavo del escrito de preparación, al tratarse de cuestiones que, por su conexión, resulta procedente tratar bajo un mismo encabezamiento y, tras la refundición, formula el motivo "al amparo del artículo 88.1 C) LJ , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia."

El motivo está defectuosamente formulado, pues no obstante acogerse al cauce de la letra c) del artículo 88.1 LJCA , que sirve para denunciar vicios in procedendo, sin embargo en su desarrollo refiere vicios in iudicando, como el error de la sentencia al señalar que el precio de remate de la subasta superó el precio de reserva de la parte recurrente y otros precios de mercado equiparables, lo que constituye, en su caso, un supuesto de valoración irrazonable o arbitraria de la prueba, que tiene su encaje en el motivo de la letra d) del artículo 88.1 LJCA , y así lo entendió la propia parte recurrente, tanto en su escrito de preparación del recurso, en el que formuló esta denuncia sobre valoración de la prueba como motivo séptimo, al amparo del indicado apartado d) del artículo 88.1 LJCA , como en el escrito de interposición del recurso, en el que también formuló sus alegaciones -en el motivo segundo- sobre la valoración arbitraria de la prueba, esta vez correctamente al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA .

Sin perjuicio de lo anterior, el motivo no puede prosperar, porque la primera razón y verdadera ratio decidendi de la sentencia impugnada para el rechazo de la pretensión indemnizatoria, formulada por la parte recurrente al amparo del artículo 31.2 LJCA , se basó en la desestimación de la pretensión principal de nulidad de las resoluciones recurridas:

Como petición subsidiaria se solicita de este Tribunal que se a nule la Resolución de la Secretaría General de la Energía de 9 de junio 2008, por la que se establecen los precios de reserva para la quinta emisión primaria de energía eléctrica y que se condene a la Administración demandada a satisfacer a Iberdrola una indemnización por los daños y perjuicios causados por la diferencia entre precio de adjudicación y precio de reserva propuesto por los vendedores o subsidiariamente por la diferencia con valor de mercado fijado por la Administración más los intereses legales en ambos casos desde la fecha de la subasta.

En cuanto a la pretensión de declaración de responsabilidad patrimonial, la desestimación de la demanda exime de efectuar también cualquier consideración y pronunciamiento sobre ella.

Por tanto, las consideraciones que efectúa la sentencia recurrida sobre la improcedencia del ejercicio de la acción indemnizatoria, sin haber acudido antes a la vía administrativa, constituyen un argumento a mayor abundamiento de la verdadera ratio decidendi del rechazo de la pretensión indemnizatoria, que se basó en la desestimación de la pretensión principal de nulidad de las resoluciones impugnadas, pues con ella decae la razón de ser de la pretensión indemnizatoria, que está subordinada al éxito de aquella.

De acuerdo con una doctrina jurisprudencial muy reiterada, en sentencias de 11 de marzo de 2013 (recurso 5408/2010) y 14 de octubre de 2014 (recurso 5911/2011), entre otras, están excluidos del recurso de casación los argumentos de la sentencia recurrida que no contribuyeron decisivamente a la formación del fallo o parte dispositiva, como son los razonamientos "obiter dicta" y a mayor abundamiento, lo que hace innecesario un pronunciamiento sobre las cuestiones que plantea este motivo, relacionadas con la denominación de la acción ejercitada y su incorporación en la demanda, sin haber acudido en forma previa a la vía civil.



En cuanto al pronunciamiento de la sentencia sobre la falta de acreditación de perjuicios, por estimar que el precio de remate de la subasta fue superior al precio de reserva de la parte recurrente y otros precios equiparables, se trata del resultado de la valoración de la prueba llevado a cabo por la Sala de instancia, y ya hemos razonado, al resolver el motivo segundo de este recurso, en el que la parte recurrente planteó la misma cuestión, que dicha valoración no puede considerarse irrazonable o arbitraria.

Se desestima el motivo cuarto del recurso de casación.

SÉPTIMO.- La estimación del motivo tercero del recurso lleva a la Sala, de conformidad con el artículo 95.2.c) LJCA , a resolver lo que proceda en los términos en que apareciera planteado el debate.

Como resulta de los razonamientos efectuados en esta sentencia al resolver el motivo tercero del recurso, hemos de estimar la pretensión a que se refiere el apartado A) del suplico de la demanda, y anular la resolución del Director General de Política Energética y Minas, de 9 de mayo de 2008, que estableció determinados aspectos de la quinta emisión primaria de energía y la resolución de la Secretaria General de Energía, de 9 de junio de 2008, por la que se establecen los precios de reserva para la quinta emisión primaria de energía eléctrica, por ser contraria a derecho la Disposición Adicional 20, apartado 5º, del RD 1634/2006 , que determinó que fueran únicamente dos -Iberdrola y Endesa- los operadores dominantes obligados a enajenar energía mediante subasta, lo que hizo que la subasta se celebrase sobre un presupuesto normativo inválido y se desarrollase en unas condiciones distintas a las que habrían sido procedentes.

Deben en cambio ser desestimadas las pretensiones indemnizatorias del apartado B) del suplico de la demanda, pues como también se ha razonado, al examinar el motivo segundo del recurso, la Sala hace suya la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, que no considera irrazonable o arbitraria, de la que resulta la falta de acreditación de perjuicios derivados de la subasta para la parte recurrente.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139 LJCA , apartados 1 y 2, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso ni de las del proceso de instancia.

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación número 1912/2013, interpuesto por la representación procesal de Iberdrola Generación S.A., contra la sentencia de 21 de diciembre de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 290/2009 , que casamos.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Iberdrola Generación S.A., con los siguientes pronunciamientos:

a) Estimamos la pretensión a que se refiere el apartado a) del suplico de la demanda, y anulamos la resolución del Subsecretario del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 16 de abril de 2009, desestimatoria del recurso de alzada, así como la resolución del Director General de Política Energética y Minas, de 9 de mayo de 2008, que estableció determinados aspectos de la quinta emisión primaria de energía y la resolución de la Secretaria General de Energía, de 9 de junio de 2008, por la que se establecen los precios de reserva para la quinta emisión primaria de energía eléctrica.

b) Desestimamos la pretensión indemnizatoria a que se refiere el apartado b) del suplico de la demanda.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.