



Roj: **STS 1200/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1200**

Id Cendoj: **28079130032016100108**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/03/2016**

Nº de Recurso: **2398/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5739/2013,**  
**STS 1200/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala ha visto el recurso de casación número 2398/2013, interpuesto por IBERDROLA GENERACIÓN SA, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 52/08 y 177/08 acumulados. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento contencioso-administrativo número 52/08 y 177/08, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 12 de marzo de 2013 cuya parte dispositiva dice textualmente:

«FALLAMOS.- Que DEBEMOS DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador Sr. Vázquez Guillén, en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN SAU, contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución dictada, en fecha 8 de Junio de 2007 por la Secretaría General de la Energía (SGE), y contra la Resolución dictada, en fecha 12 de Junio de 2007, por la misma Autoridad, así como contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución dictadas, en fecha 11 de Septiembre de 2007, por la Secretaría General de la Energía y contra la Resolución dictada, en fecha 12 de Septiembre de 2007, por la misma Autoridad por lo que, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es ajustada a Derecho y, en consecuencia la confirmamos; todo ello sin hacer expresa imposición de costas.»

**SEGUNDO.-** Contra la mencionada sentencia, la representación procesal de Iberdrola Generación SA, preparó recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado y al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 12 de septiembre de 2013, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el cual expuso los tres motivos de casación siguientes:

Primero: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La fijación del precio de reserva de una subasta de emisiones primaria de energía afecta, por una parte, al derecho de propiedad privada del art. 33.1 CE , porque entraña la imposición de una obligación de



venta de un bien que está en el patrimonio de un particular a un precio determinado por la Administración. E incide sobre la libertad de empresa porque restringe una de sus manifestaciones esenciales: la libertad de contratación, que supone que los particulares puedan fijar libremente el precio de los bienes que venden o, en su caso, no venderlos.

Segundo: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se alega la infracción de la jurisprudencia que veta las valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica que se desprende del art. 348 LEC y que ha sido plasmada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 y 13 de diciembre de 2000 .

Tercero: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por infracción de la Disposición Adicional 16ª de la Ley del Sector Eléctrico , del art. 6 LO 6/1985 , de 1 de julio, del Poder Judicial, y del art. 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 sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 dictadas en los recursos número 35 y 37 de 2008 .

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, de conformidad con el artículo 95 LJ estime el mismo, y consecuentemente, case y anule la sentencia recurrida.

**CUARTO.**- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso de fecha 16 de enero de 2014, en el que suplica dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación con confirmación de la sentencia recurrida.

**QUINTO.**- La representación procesal del recurrente, aportó a los autos copia de la STS de 7 de mayo de 2015, RC.4393/2012 , y manifiesta que la misma concluye que dado que el apartado 5º de la Disposición Adicional Vigésima del RD 1634/2006, de 29 de diciembre , es contrario a derecho, deben ser anulados los actos de convocatoria y celebración de las subastas amparados en dicha norma. Y que como en este caso la norma de cobertura de la primera y segunda subastas (RD 1634/2006) es contrario a derecho conforme a lo manifestado en la mencionada sentencia, y por lo tanto el recurso de casación debe ser estimado.

Dado plazo de alegaciones, el Abogado del Estado manifestó que los documentos irregularmente aportados, al referirse a supuesto diferente y versar sobre hechos diferentes, carecen de toda relevancia en el presente recurso.

**SEXTO.** - Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señaló para votación y fallo el día 8 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La representación de la sociedad mercantil «Iberdrola Generación S.A.U» interpone el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2013 que desestima el recurso contencioso-administrativo dirigido por la referida entidad contra la desestimación presunta del recurso de alzada (luego expresa de 16 de abril de 2009), formulado contra las resoluciones dictadas por la Secretaría General de Energía de: (i) de 8 de junio de 2007, por la que se aprueba la Metodología de los precios de salida y curvas de indiferencia a aplicar por parte del administrador en las emisiones primarias de energía eléctrica a que hace referencia la Disposición Adicional 20 del RD.1634/06 , y (ii) de 12 de junio de 2007, que estableció los precios de reserva para la primera emisión primaria de energía eléctrica. Igualmente se impugnan las resoluciones de la Secretaría General de Energía: (iii) de 11 de septiembre de 2007 por la que se aprueba la Metodología de los precios de salida y curvas de indiferencia a aplicar por parte del administrador en las emisiones primarias de energía eléctrica a que hace referencia la Disposición Adicional 20 del RD.1634/06 , y (iv) la resolución de la Secretaría General de Energía de 12 de septiembre de 2007 por la que se establecen los precios de reserva para la segunda emisión primaria de energía eléctrica. Se impugna también la resolución de la Secretaría General de Energía de 19 de abril de 2007 por la que se regulan las emisiones primarias de energía. Se recurre finalmente (v) la Resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, de 16 de abril de 2009, que desestimó expresamente los recursos de alzada formulados contra las anteriores resoluciones.

Las razones por las que el tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado Iberdrola Generación SAU fueron las siguientes:



« [...] Esta misma Sección se ha pronunciado anteriormente sobre la mayor parte de los argumentos y reclamaciones planteadas en el presente recurso, en la Sentencia dictada, en fecha 8 de Mayo de 2012, en el recurso 1141/08 en el que se impugnaron las Resoluciones tácitas de la SGE el 11 de Diciembre acordando la celebración de la subasta y no accediendo a la solicitud de Iberdrola de suspensión y la Resolución de la CNE de 12 de Diciembre de 2007 por la que se acuerda la validación de la subasta solicitando una indemnización por daños y perjuicios causados por importe de 30.507,898 euros (diferencia entre precio de adjudicación y precio de OMEL) o subsidiariamente una cantidad no inferior a 22.641.867 euros (diferencia con precio de CESUR) más intereses legales en ambos casos desde la fecha de la subasta, y como petición subsidiaria la nulidad de la Resolución de la Secretaría General de la Energía de 10 de Diciembre de 2007 por la que se establecieron los precios de reserva para la tercera emisión primaria de energía eléctrica y consiguiente condena a la Administración demandada a satisfacer a Iberdrola una indemnización por los daños y perjuicios causados por importe de 11.646.291 euros (diferencia entre precio de adjudicación y precio de reserva propuesto por los vendedores) o subsidiariamente de 11.241.000 euros( diferencia con valor de mercado fijado por la Administración ) más los intereses legales en ambos casos desde la fecha de la subasta. También se ha pronunciado en el recurso 1222/08 en la Sentencia dictada el día 25 de Noviembre de 2011 , con ocasión de la impugnación de la Resolución dictada por la Secretaría General de la Energía de 13 de Mayo de 2008, publicada en el BOE 129 de 28 de Mayo del mismo año por la que se regularon las emisiones primarias de energía previstas en la Disposición Adicional Única del R.D. 324708 de 29 de Febrero que estableció las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía cuestionando la legalidad de la imposición contenida en la D.A 16ª de la Ley del Sector Eléctrico dirigida a los operadores dominantes de realizar emisiones primarias de energía para promover la contratación a plazo al entender que incurría en una infracción del principio de reserva de Ley sugiriendo al Tribunal el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad e impugnando indirectamente el R.D. 324/08.

Por lo tanto los actos impugnados en el presente recurso, anterior en el número de registro de esta Sección y por tanto anteriores o previos a los recurridos en aquellos recursos, de forma que la legislación aplicable era idéntica y las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte actora y por el Abogado del Estado también lo son y, en consecuencia, esta Sección mantiene su criterio anteriormente manifestado, a falta de argumentos que le convencieran de la conveniencia de modificar su criterio, ya consolidado al haberse dictado más de una Sentencia en los que, en definitiva, la entidad Iberdrola bajo diferentes acepciones planteaba siempre el tema recurrente del reconocimiento del derecho de los oferentes a fijar los precios de reserva, en lugar de hacerlo la Administración previa indicación de aquéllos y valoración al respecto con posibilidad de modificarlos.

En ambos recursos acumulados las resoluciones recurridas que calculan la Metodología se fundan en iguales normas y resoluciones, la D.A 16ª de la LSE que habilitó al Gobierno para establecer las subastas de energía primarias de energía , la D.A 20ª del R.D. 1634/06 que estableció la tarifa eléctrica para 2007, y habilita al Secretario General de la Energía a definir las características por Resolución , y la Resolución de 19 de Abril de la SGE que habilitó a la Dirección General de Política Energética y Minas a fijar mediante Resolución ciertos aspectos de la subasta y en su DA 4ª faculta a aprobar el contrato marco y las reglas de la subasta en cuyo contrato marco se contenía la cláusula 3.5.2.2 que atribuía a la Secretaría General de la Energía la aprobación de la fijación de los precios de salida y curvas de indiferencia propuesta por los vendedores. Y en base a tales normas y resoluciones aprobaba la Metodología y las Comunicaciones de los Vendedores, la fijación de los precios de reserva por Resolución de la SGE de conformidad con el punto 2.4 de las reglas de la subasta por debajo del cual las oferentes no tendrían obligación de vender. Fijan el precio de salida de igual forma. A su vez las resoluciones que fijan el precio de reserva se manifiestan en similares términos excepto en los precios respectivos.

El informe realizado por el Director General de Política Energética y Minas, con ocasión del presente recurso contencioso refleja que el origen de las resoluciones era que al haberse liberalizado las actividades de generación y comercialización de electricidad y fijarse la retribución en base a precios resultantes del mercado mayorista diario a consecuencia de la entrada en vigor de la LSE y con la finalidad de que tales de precios de mercado no se incrementaran considerablemente la propia Ley introdujo en la DT 6ª un mecanismo transitorio de retribución denominado CTC que procuraba que los precios no se alejaran de uno determinado fijado por razones estructurales que eran en esencia las que determinaban que Endesa e Iberdrola presentaran una cuota de generación conjunta en 1997 del 80% de la generación total de energía eléctrica pero que no resultaron suficientes ya que no disminuyó sustancialmente tal concentración de cuota conjunta motivo por el cual se introdujo la D.A 16ª en la Ley 36/03 que pretendía fomentar la contratación a plazo en el mercado eléctrico y en definitiva fomentar la competencia para que las compañías eléctricas obligadas a las emisiones primarias no acaparasen la mayor parte de la energía negociada en el mercado spot y ampliando el abanico de posibilidades de contratación de la energía en línea con lo dispuesto en el artículo 23.8 de la Directiva 2003/54/CE siendo la



subasta una medida regulatoria reversible. En dicho informe se manifiesta que el precio de ejercicio se conoce antes de la subasta y lo fija la Administración por un período de tiempo determinado y en la subasta la opción se adjudica a los operadores que puján la mayor prima por encima del precio de ejercicio por lo que el precio final resultante de la energía vendida a plazo lo fija el mercado y para fijar el precio de salida se aprueba una metodología para el cálculo del Valor de Referencia de los Productos a subastar junto con el cálculo de las curvas de indiferencia que establecen las relaciones entre los precios de los productos trimestral, semestral y anual fijada en la Resolución de 8 de Junio para la 1ª subasta y de la 2ª, 3ª, 4ª y 5ª en la resolución de 11 de Septiembre y suele coincidir el cálculo del precio de reserva con el 80% del VRPS para los productos base y 70% para los productos punta.

[...] El objeto del presente recurso se centra en determinar la legalidad de la fijación del precio de reserva para la 1ª subasta y para la 2ª, 3ª, 4ª y 5ª subastas de energía primaria por el Secretario General de la Energía y la fijación de los precios de reserva en todas ellas por Resolución de la SGE.

La solicitud principal es la nulidad de las resoluciones que fijaron la Metodología de precios de salida y curvas de indiferencia a aplicar por el Administrador en las emisiones primarias de energía y las resoluciones que fijan los precios de reserva.

Como ya dijimos en su momento las resoluciones recurridas se fundan en ciertas normas que deben ser objeto de especial examen para enjuiciar el recurso.

Concretamente, la Ley del Sector Eléctrico 54/97 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, y sus disposiciones normativas de desarrollo establecieron el régimen jurídico de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica en sus diversos aspectos así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

En su Preámbulo define su objetivo principal diciendo:

"La presente Ley tiene, por consiguiente, como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que (el suministro) se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente, aspecto que adquiere especial relevancia dadas las características de este sector económico. Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional (...)"

Por lo tanto la legislación de desarrollo ha de ser la expresión de una potestad de intervención de la Administración sobre el Sector dada su trascendencia y repercusión en el interés general, y debe proporcionar, mediante la regulación, esa triple garantía de suministro, calidad y al menor coste posible.

Posteriormente se publicó la Ley 17/2007 que, según su Preámbulo, obedece a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento aquellas previsiones contenidas en la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, que requieren una modificación de la Ley del Sector Eléctrico.

En efecto la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 (LCEur 2003\2133), estableció nuevas normas comunes para completar el Mercado Interior de la electricidad y derogó la Directiva 96/92/CE, introduciendo modificaciones significativas con el objeto de identificar los obstáculos que pueden impedir el funcionamiento competitivo del mercado e identificar las necesidades de mejoras a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de esta Directiva.

En concreto, "introduce nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo, garantizando así tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de energía para producción de electricidad, así como referencia a las fuentes, cuando estén disponibles, que faciliten información sobre su impacto medioambiental."

Con el objeto de llevar a la legislación nacional esas medidas se introduce la D.A 16ª en la LSE que dispone:



El Gobierno podrá "establecer por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos mecanismos tomarán la forma de una emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia determinada, en las condiciones y durante el período de tiempo que se especifiquen en la emisión.

Esta emisión primaria de energía será realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el Sector Eléctrico.

El Gobierno fijará reglamentariamente las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en esta emisión primaria de energía eléctrica, que deberá ser pública, transparente y no discriminatoria".

En esta Disposición se contienen las premisas básicas pero suficientes para desarrollar normativamente las subastas, ya que se establece la potestad del Gobierno de regular reglamentariamente mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de la energía eléctrica, se concretan esos mecanismos como emisiones primarias de energía que preceptivamente serán realizadas por los operadores dominantes del mercado eléctrico y se dispone que será el Gobierno quien, también preceptivamente, fijará reglamentariamente las condiciones y procedimiento de las subastas con observancia de los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

En definitiva se define la finalidad, la forma de la contratación a plazo, los sujetos que subastan la energía, los que pueden intervenir (publicidad) y se deja en manos del Gobierno la regulación de las subastas fijando como límites la salvaguarda de los principios enumerados. La preeminencia, como ha argumentado en anterior recurso esta Sección, está situada desde el principio en el Gobierno y su potestad reglamentaria con los límites expuestos. Ciertamente es que en subastas anteriores se fijó una previsión concreta de una forma determinada y posteriormente se ha variado para otras subastas pero ello no significa sino que el Gobierno, tras la experiencia adquirida en anteriores subastas o por la oportunidad del momento, ha modificado la previsión lo cual no es contrario a derecho siempre que se realice en aras del fin último de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que (el suministro) se realice al menor coste posible con protección del medioambiente y, en cuanto al procedimiento salvaguardando los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

Partiendo de estas directrices de la Ley hemos de examinar las normas que respecto de la participación y desarrollo de las subastas se han dictado contenidas en el R.D 1634/06 en cuya D.A 20ª se dispone en relación con los sujetos intervinientes:

". En las citadas subastas, participarán como oferentes los Operadores Dominantes en las proporciones que se recogen en la tabla siguiente aplicadas a la potencia máxima a ofertar:

Operador dominante

Endesa

Iberdrola

Cuota de participación

50 %

50 %

Estos mismos Operadores podrán solicitar a la Secretaría General de Energía que su oferta sea mayor que la obligatoria, siempre que los productos a subastar sean idénticos a los obligatorios y las normas y procedimientos de la subasta los mismos. Por otra parte, cualquier otro generador del mercado de producción de energía eléctrica podrá participar en las subastas previa autorización de la Secretaría General de Energía. Podrán ser demandantes en las subastas todos los sujetos del mercado de producción que cumplan las condiciones de garantías y requisitos formales establecidos para cada subasta. No obstante, no podrán ser demandantes los sujetos del mercado pertenecientes a los grupos empresariales considerados, en cada momento, como Operadores Principales en el sector eléctrico por Resolución de la Comisión Nacional de la Energía, excepto Viesgo Generación, SL(...)".

En sus puntos 8 y 9 dispuso:

".8. Al menos un mes antes de cada subasta, la Secretaría General de la Energía previo informe de la Comisión Nacional de Energía, mediante Resolución, hará públicas las características de las opciones de compra de energía, la potencia a subastar si se solicitara una potencia mayor que la obligatoria, la definición exacta, el precio de ejercicio y el volumen de cada producto, las condiciones, normas y fecha de las subastas, así como la entidad independiente encargada de su gestión.

9. La Comisión Nacional de la Energía supervisará que el procedimiento de las subastas se realice de forma competitiva, transparente y conforme a la normativa vigente y elaborará un informe al respecto". Las resoluciones en las que se aprueba la Metodología de Precios de Salida y Curvas de Indiferencia correspondiente a la primera subasta, de 8 de Junio, y las de las subastas 2ª a 5ª así como las de 12 de Junio y 12 de Septiembre en las que se fijaron los precios de reserva correspondientes a esas mismas subastas fueron dictadas por la Secretaria General de la Energía a la que corresponde fijar las condiciones, normas y fecha de las subastas, así como el precio de ejercicio según la D.A 20ª del R.D 1634/06 .

Por su parte el apartado 7 de la misma Disposición dispone:

" 7. Antes del 31 de marzo de 2007, los Operadores Dominantes a los que se refiere la presente Disposición Adicional, podrán presentar una propuesta con las características específicas de los productos, las normas particulares de la subasta, las cantidades voluntarias a incluir, en su caso, en la oferta y la entidad independiente para actuar como gestora de las subastas".

En consecuencia se plantea como una posibilidad el que los Operadores Dominantes presenten lo que se denomina una propuesta, es decir, en la D.A se prevé que los operadores o vendedores manifiesten las condiciones que consideran adecuadas para la celebración de las subastas. Pero es una facultad de la que puede hacerse uso y adopta la forma de propuesta o sugerencia por lo que carece de naturaleza preceptiva u obligatoria y siendo así que no es obligatoria ni siquiera en su realización menos aún puede considerarse que sea vinculante para la Administración su acogida según la norma indicada aplicable.

Partiendo de tal naturaleza de propuesta el hecho de que la Administración no la haya acogido en cuanto al precio de reserva propuesto por los vendedores no supone vulneración de norma alguna siempre que se justifique la Metodología utilizada para determinar dicho precio de reserva Por lo tanto , no cabe sino entender que las resoluciones recurridas se ajustan a las previsiones legales contenidas en la normativa entonces aplicable puesto que ni en cuanto a competencia de la SGE ni de la Dirección General de Política Energética y Minas cabe oponer infracción alguna.

En cuanto a los límites al ejercicio de tales funciones en la delimitación de las condiciones de las subastas los mismos se encuentran en la consecución del objetivo de servir a la triple garantía de suministro,

calidad y al menor coste posible los ciudadanos y desde el punto de vista del oferente debe propiciar mediante el acceso a la energía por parte de vendedores no dominantes mediante la subasta de energía a un precio fijado por la Administración que toma como guía para su fijación el Valor de referencia de los precios a subastar y sus fluctuaciones, reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo por parte de los vendedores dominantes.

De igual forma se pronunció esta Sección, en los recursos referidos, en relación con las previsiones contenidas en el R.D. 324/08.

En el Contrato Marco se establecían unas reglas en cuyo Anexo III apartado 2 que establece los productos ofrecidos en la subasta se incluyó un punto 4 en el que se dispuso que:

" De oficio o a petición de los vendedores a través del Administrador, la Secretaría General de Energía fijará por Resolución un Precio de Reserva, que está referido al Producto trimestral de cada Grupo de Productos . Además, los precios de los Productos semestrales y de los Productos anuales asociados al Precio de Reserva del Producto trimestral a través de la correspondiente curva de indiferencia de precios servirán de Precios de Reserva para los correspondientes productos. Los vendedores no venderán ninguna cantidad de producto de un Grupo de Productos hasta que su precio alcance al menos el Precio de Reserva. El valor de los precios de reserva no será comunicado a los Pujadores antes, durante o después de la Subasta"

La parte recurrente opone un argumento nuclear en el sentido de que los precios de reserva fijados por la Administración no son de mercado, sin embargo no se ha acreditado que la Administración no tuviera en consideración de forma real el denominado VRPS con el cálculo de las curvas de indiferencia que establecen las relaciones entre los precios de los productos trimestral, semestral y anual fijada en la Resolución de 8 de Junio para la 1ª subasta y de la 2ª, 3ª, 4ª y 5ª en la resolución de 11 de Septiembre junto con el propio mecanismo de la subasta que resulta ser la garantía de que el precio de reserva aunque no se fije por los vendedores en la cantidad que valoren adecuada va a mantenerse en un valor medio de mercado para propiciar la consecución del objetivo de la medida al que nos hemos referido anteriormente que es, precisamente, favorecer la amplitud del mercado y evitar situaciones de monopolio que podrían extenderse a la determinación de los precios.

El informe realizado por el Director General de Política Energética y Minas, con ocasión del presente recurso contencioso refleja que el origen de las resoluciones era que al haberse liberalizado las actividades de



generación y comercialización de electricidad y fijarse la retribución en base a precios resultantes del mercado mayorista diario a consecuencia de la entrada en vigor de la LSE y con la finalidad de que tales de precios de mercado no se incrementaran considerablemente la propia Ley introdujo en la DT 6ª un mecanismo transitorio de retribución denominado CTC que procuraba que los precios no se alejaran de uno determinado fijado por razones estructurales que eran en esencia las que determinaban que Endesa e Iberdrola presentaran una cuota de generación conjunta en 1997 del 80% de la generación total de energía eléctrica pero que no resultaron suficientes ya que no disminuyó sustancialmente tal concentración de cuota conjunta motivo por el cual se introdujo la D.A 16ª en la Ley 36/03 que pretendía fomentar la contratación a plazo en el mercado eléctrico y en definitiva fomentar la competencia para que las compañías eléctricas obligadas a las emisiones primarias no acaparasen la mayor parte de la energía negociada en el mercado spot y ampliando el abanico de posibilidades de contratación de la energía en línea con lo dispuesto en el artículo 23.8 de la Directiva 2003/54/CE siendo la subasta una medida regulatoria reversible. En dicho informe se manifiesta que el precio de ejercicio se conoce antes de la subasta y lo fija la Administración por un período de tiempo determinado y en la subasta la opción se adjudica a los operadores que pujan la mayor prima por encima del precio de ejercicio por lo que el precio final resultante de la energía vendida a plazo lo fija el mercado y para fijar el precio de salida se aprueba una metodología para el cálculo del Valor de Referencia de los Productos a subastar junto con el cálculo de las curvas de indiferencia que establecen las relaciones entre los precios de los productos trimestral, semestral y anual fijada en la Resolución de 8 de Junio para la 1ª subasta y de la 2ª, 3ª, 4ª y 5ª en la resolución de 11 de Septiembre y suele coincidir el cálculo del precio de reserva con el 80% del VRPS para los productos base y 70% para los productos punta.

Tales afirmaciones no se han desvirtuado por parte de la recurrente por lo que no cabe entender que se haya vulnerado norma alguna.

[...] La parte recurrente ha realizado otra serie de argumentaciones en relación con la procedencia de declarar el derecho a 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.

La parte actora considera que la fijación de tales precios de reserva por la Administración es causa de la posible infracción de los derechos de libertad de empresa (38 CE) y del derecho de propiedad (33 CE) de la recurrente además de la infracción de la reserva de Ley porque la Administración no puede ni fijar los precios ni obligar a vender su mercancía( contenido nuclear de la libertad de empresa ) a un particular sin amparo expreso y directo de una norma con rango de Ley.

Ante este argumento, como ya hizo este Tribunal en el recurso 1222/08 y en el 1141/08 interpuesto por la misma recurrente, debemos oponer los argumentos de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo recaída en el recurso 35/2008 , interpuesto por la entidad IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U , contra el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, puesto que en la demanda se reclamaba la nulidad de la Disposición Adicional Única del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero , por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía y, también, que se declare la ilegalidad de la omisión reglamentaria de reconocimiento del derecho de los vendedores a fijar un precio de reserva, basado en una metodología objetiva de determinación del valor de mercado de las opciones subastadas. " .

Pues bien, en la parte en que las peticiones del Suplico de aquel recurso resuelto por el Tribunal Supremo son coincidentes con las contenidas en el presente recurso y puesto que la Resolución recurrida se dictó por la Secretaría General de la Energía en uso de la habilitación a su favor, contenida en la Disposición Adicional Única del R.D. 324/08, para definir las características de las opciones, la potencia concreta a subastar, y las características del precio de ejercicio y la forma de entrega y nominación de las opciones, es por lo que el pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo acerca del R.D. produce efectos sobre la Resolución que se dictó para desarrollar tales previsiones normativas.

Como ya consta en anterior Fundamento de la presente Resolución el Tribunal Supremo declaró que no infringe el principio de reserva de Ley.

También debemos mencionar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 2010 hubo de resolver sobre este extremo desde la perspectiva que planteó la parte actora en aquel recurso, es decir, sobre la Súplica de declaración de la nulidad del artículo 4.2 y de la disposición adicional única del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero , basada en la ausencia de precisión expresa del precio de reserva desestimada porque la ausencia de norma al respecto no ha impedido que se fijase, finalmente, el precio de reserva para cada subasta por la Administración en resoluciones posteriores, pronunciándose en el siguiente sentido:



"... , mantenemos que la fijación del precio de reserva es una medida necesaria para que las subastas EPE no se conviertan en un mecanismo de connotaciones expropiatorias que implique para sus destinatarios -obligados a realizarlas- la pérdida forzosa del valor en venta de sus productos (en este caso, la energía eléctrica).

La Administración, en consecuencia, tal como ya expusimos en la fase cautelar, habrá de fijar, en cada caso, el precio de reserva -por debajo del cual los vendedores no estarán obligados a vender las opciones haciendo uso de una metodología previamente determinada, de carácter estable, en la que se establezcan los criterios objetivos a partir de los cuales aquél será calculado. Dicha metodología lógicamente habrá de ser puesta en conocimiento de los vendedores, y si bien éstos no pueden aspirar a que el cálculo del precio de reserva sea precisamente el que ellos consideren de mercado, sí podrán formular sus propuestas a la autoridad responsable de la fijación del tan mencionado precio."

Claramente el Tribunal Supremo se pronunció respecto de la legalidad de que fuera la Administración la que fijara los precios de reserva en los Autos decisorios de las solicitudes de adopción de medida cautelar respecto de la aplicación del R.D.

Esta es una decisión acorde con la regulación de la contratación a plazo a la que nos hemos referido anteriormente desde la LSE pasando por el R.D 324/08 y la resolución recurrida que la desarrolla según la cual la Administración ejerce la potestad de intervención sobre el Sector Eléctrico para garantizar el suministro, calidad y coste del producto imponiendo a los operadores dominantes entre los que está la Sociedad actora la obligación de subastar una parte de su energía al precio que se determine por la Administración con el objeto de evitar posiciones dominantes y el consiguiente comportamiento abusivo que redunde en el encarecimiento de los costes . En estas actuaciones preceptivas la actora no actúa de igual forma ni se encuentra en la posición de contratante ante unos posibles compradores pues opera preceptivamente con una fórmula de venta que le ha venido impuesta legalmente por sometimiento a la intervención de la Administración que, en aras del interés general, impone una fórmula de venta que el vendedor no ha previsto con arreglo a un precio que el vendedor no fijaría en el mercado con estas condiciones porque en el mismo las empresas fijan sus precios con arreglo a otros parámetros en los que incluyen además de los costes su margen de beneficios propio. En el presente caso, teniendo en cuenta el bien que estas empresas dedicadas al Sector Eléctrico suministran, la intervención de la Administración está justificada siendo ésta una forma de intervención, como reiteradamente hemos dicho, y, mejor aún nuestro Tribunal Supremo, que obliga periódicamente a las empresas dominantes en el Sector a subastar parte de su energía a plazo comprometiéndose a venderla al precio que resulte de la subasta para evitar que acaparen la energía del mercado fomentando que entren en el mismo otras empresas con la energía que adquieren en la subasta que no vulnera la libertad de empresa tal como hemos razonado en el Segundo Fundamento.

En cualquier caso, las operadoras podrían impugnar los actos de concreta determinación del precio de reserva cuando fuera posible impugnar los actos de ejecución por no ser conformes a las previsiones que ha establecido nuestro Tribunal Supremo en los Autos resolutorios de las Piezas de Medidas Cautelares de los recursos en los que se indicó que el precio de reserva debía fijarse con arreglo a una metodología previamente determinada, de carácter estable, en la que se establezcan los criterios objetivos a partir de los cuales se calculará y deberá ponerse en conocimiento de los vendedores para que formulen sus propuestas para fijar dicho previo de reserva.

No vulneran la D. A 16ª que se refiere a las emisiones primarias de energía como mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica , porque es la propia D.A la que prevé que será el Gobierno el que establezca esos mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica que son las emisiones primarias de energía con arreglo a las condiciones que el mismo Gobierno fije reglamentariamente, por lo que la Resolución se ha limitado a resolver de conformidad al ejercicio de la potestad atribuida.

En cuanto a los límites en la fijación del precio de reserva, que la parte actora considera inexistentes, viene garantizada por la determinación del Valor de Referencia de los Productos a Subastar en la forma fijada en la Resolución impugnada para la que se tiene en consideración las valoraciones que realizan los vendedores según estipula el artículo 8 de la Resolución impugnada fijándose de forma que los operadores no tengan pérdidas significativas pero sin llegar al precio sobre el que operan en el mercado porque no se alcanzaría el objetivo pretendido y no concurrirían a la subasta quienes pueden adquirir en el mercado a igual precio la energía en cuestión sin perjuicio de que se alcance el mismo en el transcurso de la subasta. Por lo demás en el recurso se ha incluido el documento sobre Metodología del precio de reserva elaborado por la Secretaría General de Energía para cumplir los Autos dictados por el Tribunal Supremo en los recursos interpuestos por Endesa S.A e Iberdrola Generación S.A contra el R.D. 324/08 y su memoria justificativa sin que se haya constancia de que al dictarlo se haya contravenido las pautas que estableció el Tribunal Supremo al efecto.





En cuanto a la prueba pericial practicada que corresponde con el testimonio de la practicada en el recurso 1222/08 se refiere a un concreto precio de reserva fijado y la Metodología utilizada para determinar el mismo parte del presupuesto de que el precio de reserva ha de ser el que los vendedores consideran el límite por debajo del cual no les interesa vender pero hay que tener en cuenta que las subastas se realizaron en aplicación de una norma legal que pretendía fijar un precio de reserva objetivo no el que resulte interesante a los vendedores para paliar su condición de dominante finalidad que se frustraría si se permitiera la elección a dicho vendedor del límite mínimo sin que ello sea óbice para que el vendedor conserve su posición y su derecho a un legítimo beneficio.

Finalmente, cabe decir que la nulidad del artículo 3.1 que consideraba operadores dominantes únicamente a la recurrente y a Endesa pronunciada en la Sentencia de 25 de Mayo de 2010 no puede llevar consigo la nulidad del apartado 5 de la D.A 20ª del R.D. 1634/06 pese a que dispone en iguales términos por cuanto en aquel recurso se solicitaba expresamente la nulidad artículo 3.1 del R.D.324/08 mientras que en el presente recurso la reclamación se dirigía no contra la condición de operador dominante de la recurrente a efectos de las subastas sino contra la Metodología de determinación de los precios de reserva y contra la fijación de tales precios tanto en la 1ª como en las sucesivas subastas hasta la 5ª incluida.

En el referido informe se contiene la explicación acerca de la determinación del precio de referencia de mercado calculada con la metodología de precio de reserva propuesta por los vendedores y de los precios de salida aprobada por Resolución de la SGE , información ésta que puede facilitar la SGE precisamente porque es a quien le llega la propuesta de los vendedores se llega a la conclusión de que la diferencia se encuentra en la introducción de una prima de liquidez y de una prima de riesgo por 36 horas en el cálculo de los vendedores y de la ausencia de tal prima de liquidez y la inclusión de una prima de 12 horas en la fórmula elaborada por la Administración.

En consecuencia, sí se ha dado una justificación al cálculo de la Metodología por parte de la Administración si bien no en momento anterior a la subasta por razones de confidencialidad de tales datos, pero no causa indefensión a la actora que ha tenido ocasión de rebatir la motivación dada por la SGE máxime cuando conociendo los parámetros que ella misma había incluido en la propuesta y había proporcionado a la misma para fijar el precio de reserva podía deducir que la diferencia residía precisamente en los datos reflejados en el informe.

Finalmente desestimadas las reclamaciones planteadas por la parte actora desde el punto de vista jurídico en relación con los precios de reserva y celebración de la subasta y estimando que no se ha incurrido en ilegalidad alguna no puede accederse a la indemnización pretendida invocando una responsabilidad patrimonial de la Administración porque la cobertura legal del mecanismo utilizado para realizar tales subastas impide considerar que la recurrente no tuviera la obligación de soportar las consecuencias de tal previsión legal.

Por todos estos motivos, la mayor parte de los cuales han sido ya expuestos por el Tribunal Supremo, procede entender que la Resolución impugnada es conforme a Derecho y, en consecuencia, procede su confirmación.»

**SEGUNDO.-** El recurso de casación interpuesto por «Iberdrola Generación SA» se articula en tres motivos, formulados todos ellos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA .

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, y se argumenta que aunque la Administración pueda disponer de una potestad genérica, la Secretaría General de Energía carece de una habilitación competencial que le permita fijar el precio de reserva de la subasta, como efectivamente hizo, a lo que añade que no siguió una metodología o un criterio válido para su determinación.

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, con cita del artículo 348 LEC .

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 sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 dictadas en los recursos 35/2008 y 37/2008 .

**TERCERO.-** El motivo primero del recurso de casación la entidad recurrente «Iberdrola Generación SAU» formula dos alegaciones diferentes; la primera, referida a la quiebra de la metodología en la fijación de los precios de la primera y segunda subasta. Con cita del artículo 53 LRJPAC, expone la parte recurrente que por un lado, supone que la Secretaría General de Energía ha establecido el precio de reserva sin motivar por qué fija ese precio y no otro, por qué no se acepta el propuesto, qué metodología o qué criterios se han utilizado, algo que, resulta radicalmente inadmisibles y contrario a Derecho; y por otro lado, que la Secretaría General de



Energía carece de habilitación reglamentaria que le permita fijar el precio de reserva de la primera y segunda subasta, pues la mención genérica de la Disposición Adicional 20ª.8º del RD 1634/2006 sobre 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.

Pues bien, deben ser desestimados los argumentos de impugnación que se aducen en la demanda relativos a la fijación del precio de reserva por parte de la Administración, así como el alegato relativo a la arbitrariedad en que habría incurrido la Administración en la fijación de ese precio de reserva y en la determinación de potencia a subastar. En relación con estas cuestiones compartimos las consideraciones que se exponen en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que vienen a reiterar lo razonado sobre tales cuestiones en las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (recursos de casación 35/2008 y 37/2008 ), a cuya fundamentación nos remitimos.

También aduce 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, afirmando 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 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 37/2008 ), 27 de marzo de 2015 (recurso de casación 501/2012 ) y 2 de noviembre de 2015 (recurso de casación 1912/2013 ), estas dos últimas 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, y quinta (subastas EPE) respectivamente, a las que también se refiere el presente recurso, y las primeras 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.

Las citadas sentencias de 27 de marzo y 11 de noviembre de 2015 , se remiten a la de 25 de mayo de 2010 dictada en el recurso contencioso-administrativo 35/2008 :

*«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 .»*

Y también 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 mercantil recurrente a la valoración efectuada por la Sala de instancia del dictamen pericial denominado «Informe Económico sobre la Primera y Segunda Subasta de Emisiones Primarias de Energía» (Informe NERA), aportado por la parte recurrente y en el que se ratificó en tiempo y forma ante la presencia judicial.



En opinión de 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 y permite extraer la conclusión de que la norma que rigió en la primera y segunda subasta no se ajustaba a derecho en la determinación del precio de reserva, solicitando de la Sala que integre en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que resultan de la prueba cuya valoración ha omitido y que son necesarios para apreciar la infracción denunciada.

Esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones entre ellas, en las 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. ( STS de 2 de noviembre de 2015, RC 1912/2013 ).

En el presente caso no se advierte que la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia sea irracional o arbitraria, pues la Sala de instancia, aparte de destacar que el Tribunal Supremo ya se pronunció sobre de la legalidad de que fuera la Administración la que fijara los precios de reserva, expone diversas consideraciones sobre la prueba practicada, la metodología establecida para la fijación del precio de reserva. La Sala de instancia se refiere de forma expresa a la prueba pericial practicada en autos como se expone en el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia. Incluye una serie de consideraciones sobre el alcance y trascendencia de la prueba en lo que se refiere a la fijación del precio de reserva y su metodología.

En consecuencia, las conclusiones valorativas de la Sala de instancia, aun cuando puedan considerarse sucintas se encuentran razonadas y permiten conocer los criterios manejados por la Sala que conducen al rechazo de la tesis de la recurrente. Se compartan o no esas conclusiones, no puede afirmarse que la Sala de instancia haya llevado a cabo una valoración irracional o arbitraria de la prueba. En consecuencia, el motivo de casación se desestima.

**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 anularon el artículo 3.1 del RD 324/2008, de contenido idéntico a la Disposición Adicional 20ª, apartado 5º, del RD 1364/2006.

Aduce la parte recurrente que la anulación parcial del Real Decreto 324/2008 tiene un efecto directo e inmediato sobre las subastas aquí analizadas y debería llevar a la estimación del recurso interpuesto. Argumenta «Iberdrola Generación SA» que había expuesto en la instancia 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.

Pues bien, el motivo va a ser estimado, siguiendo el criterio de nuestras precedentes sentencias expuesto en las de 7 de mayo y 2 de noviembre de 2015 dictadas en los RC.4393/ 2012 y 1912 /2013.

Como dijimos en las aludidas 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.



Por su parte, el artículo 3.1 del RD 324/2008 , en términos semejantes 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 sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (RC 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 reseñadas Sentencias 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 20ª, apartado 5º, del RD 1634/2006 se apartó del mandato legal al reducir a dos el número de operadores dominantes que debían participar en la primera y segunda 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 Comisión Nacional de la Energía 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.

Como señaló la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2015 (RC 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 . Con arreglo a los anteriores razonamientos, procede estimar el motivo tercero del recurso.

**SEXTO.-** Establecido así que la sentencia de instancia debe ser casada, por acogimiento del motivo de casación tercero, procede que entremos a resolver lo que corresponda en los términos en que apareciera planteado el debate ex artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Pues bien, deben ser desestimados los argumentos de impugnación que se aducían en la demanda relativos a la fijación del precio de reserva por parte de la Administración, así como el alegato relativo a la arbitrariedad en que habría incurrido la Administración en la fijación de ese precio de reserva y en la determinación de potencia a subastar. En relación con estas cuestiones ya hemos expuesto nuestro criterio y compartimos las consideraciones que se exponen en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que, como ya hemos señalado, en buena medida vienen a reiterar lo razonado sobre tales cuestiones en las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (recursos de casación 35/2008 y 37/2008 ).

Por ello, en ningún caso podría acogerse la pretensión del suplico de la demanda, donde se pide que anulemos las resoluciones de la Secretaría General de la Energía impugnadas, por las que se establecen los precios de reserva para la primera y segunda emisión primaria de energía eléctrica.

Ahora bien, la pretensión de la demanda debe ser estimada en cuanto allí se pide que se anulen las decisiones de la Secretaría General de la Energía en cuanto que contemplan la celebración de la subasta, que deben ser anuladas, por las razones que hemos expuesto en los fundamentos de esta sentencia, que, en síntesis, consiste en que los actos de celebración y de ulterior validación de la subasta deben ser anulados por ser contrario a derecho el precepto reglamentario - apartado 5º de la disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre - que determinó que fuesen únicamente dos, Endesa e Iberdrola, los operadores dominantes obligados a enajenar energía mediante subasta, lo que hizo que la subasta se celebrasen 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 pues tales pretensiones se formulan y se cuantifican sobre la base de unos argumentos de impugnación y motivos de anulación que aquí hemos rechazado.

Por último, debe también ser desestimada la pretensión indemnizatoria vinculada al hecho de haberse obligado a celebrar la subasta a sólo dos operadores siendo así que eran cuatro los operadores dominantes. Como establece el apartado d) del artículo 70 de la Ley Jurisdiccional, para la viabilidad de la acción resarcitoria es imprescindible o bien la fijación de la cuantía a través de los elementos suficientemente acreditados en autos, o en otro caso, deben establecerse para la determinación de su cuantía, cuya definitiva concreción quedara diferida al período de ejecución de sentencia. En el presente supuesto, la parte recurrente interesa que se difiera la fijación de la cuantía a la posterior fase de ejecución, pero sin justificar ni ofrecer los elementos y criterios necesarios para que la Sala pudiera establecer las bases para la ulterior determinación de la cuantía en fase de ejecución de sentencia. A diferencia de lo que sucede con la pretensión indemnizatoria vinculada al precio de adjudicación y reserva, respecto a la que se cuantifica la indemnización de daños y perjuicios -que se equipara con la diferencia entre el precio de adjudicación y el precio al que se hubiera vendido la energía de haberse fijado un precio de reserva orientado al valor de mercado de los productos subastados- respecto a la indemnización solicitada por la celebración de las subastas con dos operadores, nada se razona ni en la demanda ni en conclusiones sobre las bases para su determinación que hubieran permitido su concreción en fase de ejecución de sentencia. Razones por las que dada la imposibilidad de fijar las bases de la pretensión indemnizatoria, procede la desestimación de esta pretensión.

**SÉPTIMO.**- 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.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

**Primero** .- HA LUGAR al recurso de casación número 2398/2013, interpuesto por la representación procesal de Iberdrola Generación S.A., contra la sentencia de 12 de marzo de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 52/08 y 177/08 acumulados, que casamos

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

a) Anulamos las resoluciones de la Secretaría General de Energía de 8 y 12 de junio, por las que se aprueba la metodología de los precios de salida y curvas de indiferencia y se establecen los precios de reserva para la primera emisión primaria de energía eléctrica; las resoluciones de 11 y 12 de septiembre de 2007, por las que se aprueba la metodología de los precios de salida y curvas de indiferencia y se establecen los precios de reserva para la segunda emisión primaria de energía eléctrica; la resolución de 16 de abril de 2009, que resuelve los recursos de alzada formulados contra las anteriores resoluciones; y la resolución de la Secretaría General de Energía de 19 de abril de 2007 por la que se regulan las emisiones primarias de energía; en la medida que establecen la celebración de las subastas correspondientes exclusivamente referidas a Iberdrola y Endesa con arreglo a lo razonado.

b) Desestimamos las pretensiones indemnizatorias que se incluyen en el suplico de la demanda

**Tercero** .- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Jose Maria del Riego Valledor,- Rubricado.-

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico