



Roj: **STS 1274/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1274**

Id Cendoj: **28079130032015100100**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/03/2015**

Nº de Recurso: **501/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 15721/2011,**
STS 1274/2015

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 501/2012, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 1222/2008, formulado contra la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en 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 eléctrica. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y las entidades mercantiles GAS NATURAL SDG, S.A., representada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.L., representada por el Procurador Don Carlos Mairata Laviña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo número 1222/2008, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2011, cuyo fallo dice literalmente:

« Que DEBEMOS DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador Sr. Vázquez Guillén, en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN S.A, contra la Resolución dictada, en fecha 13 de Mayo de 2008 por la Secretaría General de la Energía por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en la Disposición Adicional Única del R.D. 324/08 de 29 de Febrero por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía, por lo que, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es ajustada a Derecho, y, en consecuencia la confirmamos; todo ello sin expresa imposición de costas. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 12 de enero de 2012 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 2 de



marzo de 2012, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito, por realizadas las manifestaciones en él contenidas, se sirva admitirlo, tenga por interpuesto en tiempo y forma 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 25 de noviembre (sic) de 2011, por los motivos expuestos y, en mérito de cuanto antecede, dicte sentencia por la que, de conformidad con el artículo 95 LJ, estime el mismo y, consecuentemente, case y anule la sentencia recurrida. » .

CUARTO.- Por providencia de 10 de mayo de 2012 se admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 24 de mayo de 2012 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, y las entidades mercantiles GAS NATURAL SDG, S.A. e HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.L.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuó únicamente el Abogado del Estado, en escrito presentado el día 19 de junio de 2012, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formulada la oposición y dictar sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Generación contra la STSJ de Madrid (Sección Sexta), de 25 de noviembre (sic) de 2011, con imposición de costas a la recurrente por ser preceptivas. » .

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2012, se declara caducado el trámite de oposición concedido a HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.L. y a GAS NATURAL SDG, S.A., al no haberse presentado escrito alguno en el plazo otorgado.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 8 de enero de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. Don Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 24 de marzo de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuicamos se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en 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 eléctrica.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] La primera cuestión que somete a la revisión de este Tribunal la parte actora es 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. También se ha invocado que la D.A 16ª ha enunciado principios cuando debiera haber regulado, al menos, determinados aspectos y, en cambio se han regulado algunos aspectos cuando se podrían haber regulado de otra que no afectara a la libertad de empresa.

Respecto de este argumento, como de algunos otros expuestos en el presente recurso contencioso administrativo, es obligado referirse a 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 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 contenían dos peticiones nucleares que consistían en a. Se declare la desconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule, el artículo 3, apartado 1 o, subsidiariamente, el artículo 6, apartado 1); artículo 4, apartados 1 y 2; artículo 5; artículo 9; y 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 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 medida 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 de! 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 dicho Tribunal acerca del R.D. produce efectos sobre la Resolución que se dictó para desarrollar tales previsiones normativas.

Concretamente, la primera cuestión es la infracción de Derechos Constitucionales que ha invocado la parte actora

Esta Sala debe transcribir, literalmente, el argumento del Tribunal Supremo sobre la solicitud de planteamiento de inconstitucionalidad puesto que en idénticos se ha sometido al criterio de este Tribunal

Afirma la Sentencia de nuestro Alto tribunal:

"La pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción introducida por la Ley 17/2007) de 4 de julio, fundada en la alegación de que la obligación de realizar emisiones primarias de energía eléctrica impuesta a las empresas IBERDROLA y ENDESA, por su condición de operadores dominantes productores de energía eléctrica, infringe el principio de reserva de Ley, en cuanto que el legislador ha renunciado a regular aspectos muy significativos de esta modalidad de venta de energía, no puede ser acogida, puesto que consideramos que no concurre el presupuesto establecido en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Constitución, en los estrictos términos planteados por la defensa letrada de la parte recurrente, ya que, aunque la disposición legal cuestionada afecta a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE, y al derecho de propiedad, garantizado en el artículo 33 CE, no constituye un desarrollo directo de estos derechos constitucionales, que vulnere la garantía Institucional contenida en el artículo 53.1 CE, ni puede sostenerse que vulnere los artículos 33 y 38 de la Constitución, a consecuencia de omitir la regulación de aquellos elementos organizativos o procedimentales nucleares o esenciales del mecanismo de fomento de la contratación a plazo de energía eléctrica contemplado, y, por ello, descartamos que la apelación legal a la colaboración reglamentaria para completar y complementar la regulación legal suponga una deslegalización susceptible de ser calificada como abdicación o renuncia ilegítima de la potestad de configuración normativa atribuida al 1 prohibida por el texto constitucional.

En efecto, cabe entender que la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico controvertida, que hemos transcrito con anterioridad, no contradice ni infringe la doctrina del Tribunal Constitucional formulada respecto del principio de reserva de Ley, enunciado con carácter general en el artículo 53.1 de la Constitución, en lo que respecta a la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título Primero CE, de la que se desprende que la regulación de los aspectos esenciales del derecho de propiedad y de la libertad de empresa debe realizarse necesariamente por una norma con rango de Ley, que deberá respetar el contenido esencial de estos derechos, de modo que el legislador puede apelar al reglamento para disciplinar aquellos elementos o contenidos que no revistan ese carácter, y por ello no incurrirá en vicio de inconstitucionalidad.

En este sentido, observamos que la materia concreta objeto de regulación en la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico analizada -la Instauración de un mecanismo de contratación a plazo de energía eléctrica que obliga a los operadores dominantes productores de electricidad-, no está reservada específicamente o singularmente por la Constitución a la Ley. La Constitución no impone al legislador la obligación de desarrollar prescripciones del texto constitucional con un contenido predeterminado en este ámbito regulatorio de ordenación del sector eléctrico, de modo que el titular de la potestad legislativa conserva un amplio margen de configuración para detallar las características y aspectos esenciales de la medida regulatoria analizada, consistente en emisiones primarias de energía eléctrica, en cuanto que constituye un instrumento de acción pública que persigue fines económicos y sociales de interés general, vinculados a dotar de operatividad y competitividad efectiva al mercado eléctrico.

Y, asimismo, apreciamos que la materia regulada no está relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título 1 de la Constitución, en que la exigencia de reserva de Ley, desde la perspectiva formal y material, tiene un alcance más relevante e intenso, que delimita la potestad normativa del propio legislador y el marco de colaboración del reglamento, sino con aspectos relacionados con la actividad empresarial, que no incide en elementos estructurales nucleares o



básicos del ejercicio del derecho de propiedad o de la libertad de empresa, y sobre los que el Estado ostenta un amplio margen regulatorio al amparo de los artículos 128 y 131 de la Constitución, para satisfacer intereses generales y atender a las necesidades colectivas.

Por ello, la imputación de inconstitucional de la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción considerada, que efectúa la defensa letrada de la entidad mercantil recurrente, basada en el argumento de haber renunciado el legislador «de forma absoluta» a regular las emisiones primarias de energía y, concretamente, la determinación de la organización de las subastas; la calidad del producto a ofertar y la proporción asignada a cada vendedor, el carácter temporal o permanente de las subastas, el procedimiento de subastas, la intervención en los precios, la regulación de los contratos de opción de compra y el alcance de la facultad de supervisión administrativa, y por no imponer límites a la actuación de desarrollo normativo del Gobierno, con invocación de la sentencia constitucional 112/2006, de 5 de abril, resulta infundada, en la medida en que la regulación legal cuestionada en este proceso no forma parte ni incide lesivamente en el contenido esencial de los derechos constitucionales invocados del derecho de propiedad la libertad de empresa reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución, y, porque, en razón de las características de la materia objeto de regulación - mercado eléctrico-, el alcance del principio de reserva de Ley es relativo, pues es preciso atender a los principios y factores inherentes a la actividad económica, que autoriza una mayor flexibilidad normativa y, en consecuencia, determina que corresponda al legislador establecer aquellos elementos esenciales que revisten un carácter de permanencia y estabilidad, pudiendo atribuirse al Gobierno la regulación de aquellos aspectos organizativos y procedimentales de carácter técnico que sean indispensables y necesarios, desde una perspectiva funcional, para que la norma legal cumpla los objetivos propuestos.

En este sentido, no compartimos la tesis que postula la entidad mercantil actora, de que el legislador «no ha delimitado ni por aproximación los límites de la actuación del Gobierno en la regulación de la obligación que supone una limitación muy intensa de los derechos constitucionales», en cuanto que rechazamos que la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico suponga una degradación de la reserva de Ley formulada por la Constitución en favor del legislador, que haga posible una regulación reglamentaria de las emisiones primarias de energía eléctrica independiente y no subordinada a la Ley.

[...] Se alega también que la Ley del sector Eléctrico podía haber regulado ciertos aspectos esenciales de las subastas y, sin embargo, al no hacerlo ha permitido que se resuelvan en el R.D y en la resolución recurrida, de tal forma que la organización de las subastas hasta la 6ª era de los vendedores y a partir de esta Subasta en virtud de los artículos 9 del R.D. 324/08 y el 11 de la Resolución de 13 de Mayo de 2008 se le encomiendan a la CNE, que no fija regla sobre la cantidad de energía para vender, ni se fija la proporción asignada a cada vendedor, ni se ha fijado si la medida es permanente o temporal lo que afecta a decisiones de la empresa, y, en cuanto al procedimiento sólo se dispone que la subasta sea pública, transparente y no discriminatoria sin reflejar que las reglas de funcionamiento se fijaban por los vendedores o a su propuesta con la supervisión de la Administración o aprobada por ésta o como ha ocurrido unilateralmente por la Administración sin intervención de los vendedores lo que tiene consecuencias en la libertad de empresa de la actora.

En relación con la escasa normativa sobre las concretas que pone de manifiesto la parte actora, la actora se refiere a la propia Ley del Sector Eléctrico poniendo de manifiesto el reproche que dicha ausencia de regulación de aspectos esenciales de las subastas en la misma ha propiciado que su definitiva regulación posterior haya sido vacilante a la hora de establecer si la preeminencia en el desarrollo de las mismas la lleva la Administración o los operadores como refleja la diferente regulación de las cinco primeras subastas y la de la 6ª y 7ª.

Para contestar a esta alegación, siempre sobre la declaración de intenciones contenidas en las normas, debemos hacer la reflexión de que 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 L 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, debe proporcionar, mediante la regulación, esa triple garantía de suministro, su calidad y el menor coste posible del mismo.

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.

Por ello, la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 (LCEur 2003\2 133), 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 objetivo 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".

Se afirma por la parte actora que el legislador renunció a legislar sobre este mecanismo de mercado pero tal afirmación no se comparte porque en esta Disposición se contienen las premisas básicas pero suficientes para desarrollar normativamente las subastas.

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

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, por tanto, está situada desde el principio en el Gobierno y su potestad reglamentaria con los límites expuestos por lo que no puede acogerse la afirmación de que hasta la sexta subasta tal preeminencia la tenían los operadores, focalizando dicha preeminencia en la determinación del precio de reserva. De tal forma que el hecho de que, en subastas anteriores, se hubiera fijado una previsión concreta de una forma determinada y posteriormente se haya variado para otras subastas 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.



Con el presente argumento se da contestación también a la alegación de la parte actores respecto de los argumentos en el sentido de que la D.A de la LSE debía interpretarse en el sentido de que los vendedores fijarían libremente los precios de que los contratos debían ser predispuestos por los vendedores con la supervisión de la Administración y esta era limitada

Por lo tanto no cabe atender a este argumento sobre el que habremos de volver con ocasión de revisar otra alegación de la actora.

En este punto debemos referirnos a la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 2010 dictada en el 1 37/08 que, ") con remisión, incluso, a la resolución de la medida cautelar a que hace referencia la actora en su demanda, afirma:

" En los autos que esta Sala dictó en el incidente cautelar suscitado sobre el Real Decretó 324/2008 ya anticipamos, con el carácter provisional que correspondía y e!-! respuesta a las alegaciones de alguna de las empresas recurrentes sobre la mayor o menor apariencia de buen derecho de sus tesis, que las subastas de emisiones primarias de energía podían considerarse "en principio, y a reserva de una ulterior decisión" como unos mecanismos aptos para, simultáneamente, mejorar la competencia efectiva en el mercado eléctrico y fomentar la contratación a plazo.

El titular de la potestad reglamentaria no tiene duda alguna de que esta doble finalidad es inherente a las subastas reguladas por el Real Decreto 324/2008, y así lo expresa reiteradamente en el preámbulo de éste: "[...] El fomento de la contratación a plazo en el mercado eléctrico pretende evitar que las compañías eléctricas obligadas a las emisiones primarias acaparen la mayor parte de la energía negociada en el mercado spot. [...] Por medio de las emisiones primarias de energía, como medida de fomento de la contratación a plazo, lo que se persigue en último término es reducir el poder de mercado de los operadores como condición necesaria para una competencia efectiva. Por lo tanto, el fomento de la contratación a plazo es el instrumento por medio del cual se logra la finalidad esencial de las emisiones primarias de energía."

En el informe de la Comisión Nacional de Energía 2/2008, de 22 de enero, sobre la propuesta de Real Decreto. El informe emitido por el organismo regulador de los mercados energéticos, aun revelando diversas insuficiencias en la propuesta, destacaba la idoneidad de las subastas EPE bajo determinadas condiciones, para mejorar la competencia en el mercado eléctrico mediante el fomento de esta modalidad de contratación a plazo.

El análisis, ya definitivo, de los argumentos de unas y otras partes corrobora, a nuestro juicio, aquella apreciación inicial. Consideramos, pues, que el mecanismo de contratación a plazo diseñado en la Disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico tenía no sólo el objetivo inherente a todo contrato a plazo (limitar el riesgo del comprador frente a alteraciones futuras del precio) sino también la finalidad de limitar el poder de mercado de las empresas dominantes en el sector de la generación de energía eléctrica, a la vez que incentivar la entrada de nuevos agentes en el conjunto del sector eléctrico.

La vinculación intencional de las cesiones (ventas) de energía -impuestas a los operadores dominantes- con el objetivo de mejorar la competencia, precisamente m la modulación de la posición de dominio de aquéllos en el mercado spot es, a nuestro parecer, difícilmente rebatible. De hecho, la imposición de las ventas virtuales de energía (menos contundentes que la cesión obligada de activos de generación) se ha destacado como una de las medidas más características adoptadas por la Comisión Europea o por las autoridades nacionales defensoras de la competencia, en cuanto condición expresamente exigida a los operadores para que se les autoricen operaciones de concentración empresarial dentro del sector eléctrico, precisamente a fin de contrarrestar el poder de mercado de la empresa resultante de la fusión o adquisición. Si la medida se ha acordado en el ámbito de las concentraciones es, lógicamente, por su pretendida capacidad para mejorar la competencia resultante.

No cambia su finalidad pro competitiva el hecho de que la imposición de la venta virtual a plazo de electricidad se adopte no ya en el ámbito de las concentraciones sino como medida regulatoria de orden general frente a una situación del mercado eléctrico que, ajuicio de los poderes públicos (eh este caso, el legislativo) lo requiera. Este fue, a nuestro juicio, el sentido que tuvo la introducción en la Ley del Sector Eléctrico, desde el año 2003, de la nueva Disposición adicional decimosexta y su ulterior mantenimiento con ciertas modificaciones. El presupuesto subyacente en la medida regulatoria era que, dadas las características singulares del mercado spot español y del sector eléctrico en general, resultaba conveniente una atenuación del poder que en él tenían los operadores dominantes, atenuación que el legislador pretendía lograr mediante la técnica de distraer de dicho mercado -y venderlas a plazo eh las subastas EPE- ciertas cantidades de energía eléctrica generada en las instalaciones de aquéllos.

El legislador (así lo afirmará de modo expreso en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2006, sobre medidas urgentes en el sector energético, que modifica una vez más la Disposición adicional decimosexta) parte de los efectos negativos de "un sistema de contratación de energía eléctrica apoyado en exceso sobre el



mercado diario" y alude en ese mismo contexto -que es el que justificaba entonces la ampliación del plazo de vigencia de las EPE- a la necesidad de mantener precios competitivos de la energía eléctrica: ligaba, pues, el mantenimiento del mecanismo de subastas EPE, en cuanto sistema de contratación a plazo, a sus potenciales efectos pro competitivos.

Lleva razón el Abogado del Estado al sostener que el diseño de mejora de la competencia aparecía ya con claridad en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2005, que dio nueva redacción a la tan citada Disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997. Justificó el legislador la nueva regulación de la figura del operador dominante en los mercados energéticos precisamente en el objetivo de imponerles "determinadas obligaciones regulatorias que faciliten el desarrollo de una competencia efectiva en estos mercados", finalidad al servicio de la cual reformó el régimen anterior de las EPE e implantó otras reformas legislativas. El incremento de la competencia en el mercado eléctrico estaba en la base, pues, de una de las obligaciones que se imponían a los operadores dominantes, justamente la relativa a las EPE.

Podemos afirmar, pues, que las subastas EPE se configuran en nuestro ordenamiento -más en concreto, en la Ley del Sector Eléctrico- como medidas o instrumentos regulatorios que, mediante la contratación a plazo, se proponen mejorar la competencia efectiva al reducir el poder de los operadores dominantes en el mercado mayorista al contado, reforzando simétricamente la posición de los generadores no dominantes y facilitando en todo caso la entrada de nuevos agentes en el mercado eléctrico."

[...] Finalmente se expone por la parte actora que el artículo 7 de la Resolución, que establece la potestad de la SGE de fijar el precio de reserva de las subastas, es nulo porque debía haberse establecido en una Ley ya que exime del derecho de fijar el precio al que está dispuesto a enajenar el bien subastado al propietario sin cobertura normativa invocando la necesidad de que el precio de reserva esté orientado al precio de mercado del producto añadiendo que, en cualquier caso, deberían haberse fijado los criterios de ejercicio de la potestad de la SGE habiéndose incurrido en una ilegalidad por omisión, considera que no es un mecanismo de mercado que infringe la DA 16 de la LSE y que exige la constante intervención administrativa.

En primer lugar debemos de partir de que, tal como habíamos dicho en párrafos anteriores, la Administración ejerce el principio de intervención en el Sector para a la garantía de suministro de producto de calidad y al menor coste.

Es precisamente en este último aspecto de la garantía, el coste del producto, el que se ve afectado por el artículo 7 de la Resolución recurrida al establecer la potestad de la SGE de fijar el precio de reserva al disponer:

"Por resolución de la Secretaria General de Energía se podrá fijar un precio de reserva por debajo del cual los vendedores no estarán obligados a vender".

Se afirma que infringe el principio de reserva de Ley y a este argumento le es de aplicación los motivos contenidos en el Fundamento de Derecho Segundo.

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, si 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 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.

Por lo demás será en momentos posteriores en que se proceda a la concreta determinación del precio de reserva cuando podría impugnarse 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 precio 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 el artículo 8 de la Resolución impugnada siendo normalmente coincidentes la de la Administración y los vendedores en esencia.

Finalmente obra en el expediente administrativo el Informe 3/2008 de la CNE sobre propuesta de Resolución de la Secretaría General de Energía por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en el R.D. por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica establece la comparativa entre las cinco primeras subastas realizadas en relación con la 6ª y 7ª apreciando que se ha incrementado el nominal de cada contrato subastando dos grupos de productos base y punta en dos períodos semestral y anual mientras antes se hacían los dos grupos en tres períodos, confirmándose que se han variado algunos aspectos de las subastas pero no se ha acreditado que tal variación perjudique el fin esencial de las mismas y que no esté justificado en atención a la experiencia obtenida de anteriores subastas.

En cuanto a la prueba pericial practicada se refiere a un concreto precio de reserva fijado cuando en este recurso se revisa la previsión contenida en la Resolución impugnada en relación con la fijación de precio por parte de la SGE pero no el concreto precio de reserva fijado de tal forma que aquellas alegaciones en relación con el mismo deben ser cuestionadas cuando se fija o en momento posterior al mismo y anterior a otras subastas a efectos de pulir posibles efectos de la subasta anterior .».

El recurso de casación se articula en la formulación de cinco motivos de casación.

En el primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se imputa a la sentencia de instancia falta de motivación, por cuanto no se pronuncia sobre cuestiones nucleares suscitadas en el recurso, en relación a la incidencia que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (RCA 35/2008 y 37/2008), que anularon parcialmente el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, han tenido en la resolución impugnada.

El segundo motivo de casación, que también se formula al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por



infracción de las normas reguladoras de la sentencia, denuncia que la sentencia de instancia incurre en falta de motivación, por no resolver cuestiones que fueron objeto de debate en el proceso, en cuanto se limita a remitirse a los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010, pero sin analizar el impacto sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo de la anulación parcial del Real Decreto 324/2008.

Al respecto, se aduce que debe casarse la sentencia de instancia y declararse la nulidad del artículo 4 de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, por ser arbitraria la fijación de la potencia a subastar en la sexta y séptima subasta al carecer de justificación, así como del artículo 7 de la mencionada resolución administrativa, por ser arbitraria la determinación del precio de reserva.

El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, imputa a la sentencia de instancia haber realizado una valoración de las pruebas practicadas, tendentes a acreditar el carácter arbitrario del precio de referencia fijado por la Administración, que resulta ilógica, absurda, irracional y arbitraria, vulnerando el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, reprocha a la sentencia de instancia la infracción de la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y de los artículos 72.2 y 73 de la mencionada Ley jurisdiccional, así como de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010, que anulan parcialmente 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.

Al respecto, se aduce que la anulación del ámbito subjetivo del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, supone una alteración profunda del procedimiento de subasta, regulado en la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, puesto que si todos los operadores dominantes hubieran sido obligados a participar en las emisiones primarias, y no sólo los pivotaes, éstas no se hubieran celebrado conforme a las reglas marcadas, previstas sólo para los pivotaes.

Asimismo, la anulación del sistema de liquidación no sólo entraña la obligación de modificar este aspecto en las subastas, pues incide en la metodología y en la fijación del precio de reserva.

El quinto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del artículo 9 de la Constitución, al confirmar la sentencia de instancia que la resolución de la Secretaría General de Energía impugnada es conforme a Derecho, a pesar de adoptarse en cuanto a una delegación de tercer nivel prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, se aduce que la disposición final segunda del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, faculta a la Secretaría General de Energía para dictar «las resoluciones necesarias para la ejecución de lo establecido en este Real Decreto», y que delimita las condiciones de la subastas, pero no puede entenderse una habilitación en el sentido de que autorice a dicha autoridad administrativa a que dicte una disposición reglamentaria que defina con vocación de generalidad y permanencia determinados aspectos de las subastas.

SEGUNDO.- Sobre el primer y el segundo motivos de casación: la alegación de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

El primer y el segundo motivos de casación, basados en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, no pueden prosperar, pues rechazamos que la sentencia recurrida incurra en falta de motivación, por limitarse a transcribir -según se aduce- afirmaciones contenidas en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2010, dictadas en los recursos contencioso-administrativo 35/2008 y 37/2008, omitiendo un pronunciamiento expreso sobre la incidencia de tales fallos en la resolución impugnada, cuyo contenido resulta indisociable de los preceptos anulados 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 eléctrica, en lo que respecta a la determinación de la potencia a subastar y aspectos ligados al precio de ejecución, al precio de reserva o al precio de salida, que no hubieran sido los mismos, ya que consideramos que la Sala de instancia ofrece una



respuesta suficiente a los argumentos aducidos en los escritos de demanda y de contestación a la demanda y de conclusiones formuladas por las partes en el proceso de instancia, en relación con las cuestiones jurídicas controvertidas, que versaban, sustancialmente, sobre la inconstitucionalidad de la imposición a ciertos operadores del mercado eléctrico de la obligación de vender una parte de su producción de energía eléctrica en las condiciones fijadas por los poderes públicos, establecida en la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector Eléctrico, y sobre la infracción de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, del principio de jerarquía normativa, al regular aspectos del procedimiento de las subastas de emisiones primarias de energía que compete al Gobierno, y, específicamente, para aprobar el precio de reserva y la potencia a subastar.

En efecto, la circunstancia de que la Sala de instancia sustente su pronunciamiento remitiéndose a los criterios jurídicos expuestos en las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010, no permite inferir que se hayan vulnerado las normas reguladoras de la sentencia, porque la obligación de respetar los precedentes jurisprudenciales constituye un elemento nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, constatamos que la sentencia recurrida contiene una fundada justificación, motivada en términos jurídicos, que razonablemente permite conocer cuáles son los criterios jurídicos por los que se desestiman los argumentos planteados por la parte demandante en el proceso de instancia, rechazando implícitamente que procedería la anulación íntegra de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, en consonancia con el fallo anulatorio de los artículos 3.1 y 5 - éste último precepto en el inciso que admite que el ejercicio de las opciones podrá hacerse por diferencias- 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 eléctrica, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil Iberdrola, en cuanto supone una extensión indebida de lo resuelto por el Tribunal Supremo.

En lo que concierne a la falta de motivación de la sentencia, en relación con la pretensión anulatoria de los artículos 4 y 7 de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, cabe referir que la fundamentación jurídica de la sentencia permite conocer las razones por las que se reconoce la facultad del Secretario General de Energía para determinar la potencia a subastar y fijar un precio de reserva, al estar habilitado por lo dispuesto en la disposición final segunda del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, precepto que no ha sido objeto de anulación por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y no estar reservada la determinación de las condiciones específicas de cada subasta de emisiones primarias de energía a la Ley ni al Reglamento -como sustenta la defensa letrada de la mercantil recurrente, y porque no cabe apreciar, en el presente supuesto, que dichas previsiones fueren arbitrarias.

En este sentido, resulta adecuado consignar la consolidada doctrina de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril, 67/2007, de 27 de marzo, 44/2008, de 10 de marzo, 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003), dijimos:

« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».



Asimismo, cabe recordar que, conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (RC 1435/2008), el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas

En suma, en aplicación al caso litigioso examinado de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuestas, concluimos el examen del primer y del segundo motivos de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en vulneración de la garantía de motivación de las decisiones judiciales, ya que hemos comprobado que la respuesta jurisdiccional está suficientemente motivada, por lo que no apreciamos vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución.

TERCERO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El tercer motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, pues rechazamos que, en el supuesto enjuiciado, la Sala de instancia haya realizado una valoración de la prueba practicada que pueda calificarse de ilógica, absurda, arbitraria o irrazonable. Al respecto, cabe referir que la censura casacional formulada sobre la irrazonable valoración de la prueba carece de fundamento, ya que la mera lectura del fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada permite descartar que el Tribunal sentenciador haya vulnerado el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no entrar -según se aduce- a valorar la prueba pericial practicada en las actuaciones, consistente en la aportación del Informe emitido sobre las emisiones primarias de energía, elaborado por un consultor de la empresa consultora NERA, en el apartado relativo a la fijación del precio de reserva, en la medida que la valoración de esta prueba era irrelevante para fundar la declaración de anulación del artículo 7 de la resolución del Secretario General de Energía de 13 de mayo de 2008, pues dicha resolución no fijaba el precio de reserva aplicable en las subastas, cuya determinación se difería a un momento procedimental posterior.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que, conforme a una consolidada doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 4 de octubre de 2001 (RC 295/1995), de 3 de abril de 2002 (RC 2075/23002) y de 18 de diciembre de 2008 (RC 1713/2006), la pretensión de revisión de la convicción del juzgador no es atendible en el seno de un recurso extraordinario de casación, porque la apreciación de la prueba queda al arbitrio y criterio de los tribunales de instancia con arreglo a las reglas de la sana crítica, y el posible error de los órganos de instancia en dicha apreciación no constituye motivo casacional, salvo que su valoración fuese manifiestamente ilógica, arbitraria o contraria a las normas del razonar humano.

En la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2008 (RC 4590/2004), dijimos:

« [...] La naturaleza de la casación, como recurso especial, tiene como finalidad corregir los errores en que se haya podido incurrir en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y encuentra uno de sus límites tradicionales, por lo que hace al caso, en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, luego veremos con qué excepciones. Baste, por ahora, con señalar que cualquier alegación, por tanto, referida a una desacertada apreciación de la prueba, debe tomar como presupuesto elemental que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los datos fácticos relevantes para decidir el proceso corresponden a la soberanía de la Sala de instancia, sin que pueda ser suplantado, o sustituido, en tal actividad, por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no está recogido, como motivo de casación, en el orden contencioso-administrativo.

No obstante, el acceso de las cuestiones relacionadas con la prueba podrían ser revisadas en casación únicamente por los medios que permite la jurisprudencia de esta Sala, desde sus Sentencias 2 de noviembre de 1999 y 20 de marzo de 2000. Estas Sentencias, y muchas posteriores, sistematizan la revisión en casación de las cuestiones ligadas a la prueba en el proceso, permitiendo su acceso a la casación por las siguientes vías: a) cuando se denuncia la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la vigente LEC; b) por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con indefensión de la parte (artículo 88.1.c/ LJCA); c) mediante la infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) cuando se denuncie la infracción de las reglas de la sana crítica si la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; e) si la infracción cometida, al socaire de la valoración de la prueba, ha realizado valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f)



ante la invocación de errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; g) mediante, en fin, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia .».

CUARTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción de la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en relación con lo dispuesto en los artículos 72.2 y 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción de la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en relación con lo dispuesto en los artículos 72.2 y 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no puede prosperar, pues no compartimos la tesis que formula la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de la incidencia de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 en la resolución del recurso contencioso-administrativo, en la medida en que la anulación del ámbito subjetivo y del proceso de liquidación establecidos en 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, suponía una profunda alteración de las condiciones del procedimiento de subastas de emisiones primarias de energía, que determinaría la anulación íntegra de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, ya que en este planteamiento subyace -como hemos expuesto- la pretensión de extender indebidamente los fallos dictados por este Tribunal Supremo, al conocer de los recursos contencioso-administrativos 35/2008 y 37/2008, más allá de los pronunciamientos anulatorios de los artículos 3.1 y 5 de la referida norma reglamentaria.

En efecto, consideramos que en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, no resulta procedente la invocación de los artículos 72.2 y 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , que regulan los efectos de las sentencias que anulan una disposición general, en relación con lo resuelto por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las sentencias de 25 de mayo de 2010 , para tratar de revisar el pronunciamiento de la Sala de instancia, que declaró la validez de la resolución de la Secretaría General de Energía de 13 de mayo de 2008, puesto que, aunque dicha resolución se dicta para la ejecución de lo establecido en 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, estimamos que cabe decretar su nulidad por resultar viciado su contenido, en razón de los pronunciamientos de este Tribunal Supremo referenciados.

QUINTO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

El quinto motivo de casación, que denuncia la infracción del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , no puede prosperar, pues rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado esta disposición legal que establece que «el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes», al sostener, con remisión a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 25 de mayo de 2010 , que el Secretario General de Energía estaba habilitado para regular las características específicas de las subastas para la adjudicación de emisiones primarias de energía, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional única y la disposición final segunda 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 eléctrica, en cuanto se trata de medidas que tienen por objeto la ejecución de la regulación establecida en dicha norma reglamentaria.

En efecto, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, la cuestión planteada, relativa a la competencia del Secretario General de Energía para determina la regulación concreta de las subastas, ya fue resuelta expresamente por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 35/2008 , interpuesto por la mercantil Iberdrola Generación, S.A., por lo que resulta improcedente tratar de revisar dicho pronunciamiento con la exposición de idénticos argumentos a los planteados en aquel recurso, con cita del referido fallo judicial.

Al respecto, procede transcribir la fundamentación jurídica de la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 , en relación con la impugnación del artículo 4.2 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 eléctrica, en la que dijimos:



« [...] 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. » .

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cinco motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1222/2008 .

SEXTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a la Administración del Estado.

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.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1222/2008 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.