

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso núm. 514/2008

29 SEP 2010

## **SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente:

DON JULIÁN MANUEL MORENO REDOMÓN.

Ilmo. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURAN.

DON EUGENIO FRÍAS MARTÍNEZ.

En la ciudad de Sevilla, a **veintitrés de septiembre de dos mil diez**. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el **recurso núm. 514/2008**, interpuesto por el **MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO**, representado y defendido por el **SR. ABOGADO DEL ESTADO**, contra resolución de la **CONSEJERÍA DE INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPRESA**, representada

y defendida por Letrado de sus servicios jurídicos. Ha sido parte codemandada **ASOCIACIÓN DE PROMOTORES Y PRODUCTORES DE ENERGÍAS RENOVABLES DE ANDALUCÍA (APREAN)**.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO**.- El recurso se interpuso el día 8 de Septiembre de 2.008, contra la Resolución que se citará en el Fundamentos Jurídico Primero.

**SEGUNDO**.- En la demanda, la parte actora solicitó de la Sala se dicte Sentencia anulando la resolución impugnada.

**TERCERO**.- Dado traslado del escrito de demanda, la Administración demandada y parte codemandada contestaron en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara Sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

**CUARTO**.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, las partes formularon las conclusiones que determina el artículo 64 L.J.C.A., evacuando dicho trámite mediante los correspondientes escritos, en los que ratificaron sus pretensiones.

**QUINTO**.- Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los Autos a la vista con citación de las partes para Sentencia y se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre del presente año, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURÁN.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**.- Se debate en este proceso, la conformidad a Derecho de la Circular E 1/2008 de la Dirección General de Industria, Energía y Minias de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, sobre Inscripción definitiva de instalaciones fotovoltaicas de producción de energía eléctrica en régimen especial.

**SEGUNDO**.- El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de España, insta la nulidad de la Circular, porque contiene mandatos con pretensión de eficacia normativa externa al tener por objeto la determinación, con alcance para la situación jurídica de los particulares ,de los requisitos para la puesta en servicio, inscripción de las instalaciones fotovoltaicas, así como determinados aspectos de la relación entre promotor de la instalación y gestor de la red, no limitándose a dar cuenta de la normativa sobre la materia o a fijar pautas de actuación puramente internas.

Es decir, pretende regular de forma innovadora (y contraria a la normativa básica) las circunstancias determinantes de la puesta en servicio, de manera que excede del ámbito propio de una circular tratándose de una auténtica disposición general al contener previsiones con efectos ad extra, sin tramitación alguna y no respetando las reglas de competencia conforme al art. 44 y 45 de la Ley de Gobierno de Andalucía 6/2006, lo que supone la causa de nulidad del art. 62.2 de la LRJPAC.

En cuanto al fondo y con carácter subsidiario se alega infracción de la normativa básica estatal (RD 661/2007) de 25 de Mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, al permitir la entrada en operación de una instalación de generación sin las debidas

comprobaciones técnicas y con carácter previo a la inscripción en el Registro vulnerándose los arts. 9 y siguientes, cuando es la Inscripción definitiva, el último acto administrativo que pone fin al procedimiento de implantación de una instalación de régimen comercial, implicando dicho acto la entrada en explotación de la instalación.

**TERCERO**.- A ello se opone la Junta de Andalucía, alegando inadmisibilidad, por no ser la circular un acto susceptible de impugnación (art. 21 Ley 30/92), tener competencia en materia de autorización de instalaciones y desarrollo de procedimiento simplificado (art. 5 párrafo 3º RD 661/2007), y ser correcta la interpretación que ha efectuado de la norma en el sentido de que para realizar la inscripción definitiva no es preciso que la planta obligatoriamente se encuentre en situación de explotación comercial, porque la evacuación de la energía producida a la red es un derecho, no una obligación del productor, por lo que la inscripción definitiva puede realizarse independientemente de la extensión o ampliación de las redes de distribución.

**CUARTO**.- Planteados en estos términos el objeto de debate, la causa de inadmisibilidad alegada podría acogerse, si efectivamente la Circular respondiera a su verdadera naturaleza según el art. 21 de la Ley 30/92 citado, es decir, que se tratara de unas órdenes de servicio a las Delegaciones respectivas para producir efectos ad intra y sin vincular a terceros ajenos a la relación entre órganos jerárquicamente dependientes. Pero como pone de manifiesto el SR. ABOGADO DEL ESTADO y el Informe del Subdirector de Energía Eléctrica contiene previsiones ad extra que vincula o afecta a terceros (promotores de las instalaciones)

incidiendo en su situación jurídica al fijar en determinados aspectos, las condiciones rectoras de la puesta en servicio de las instalaciones, afectando incluso a la relación jurídica entre el promotor y gestor de la red de distribución al que se va a conectar.

Así en relación a la inscripción definitiva dispone.

***"Una vez realizada la solicitud por el promotor adjuntando la totalidad de la documentación necesaria, el acta de puesta en servicio de la instalación generadora se expedirá por las Delegaciones Provinciales, independientemente de la extensión o ampliación de las redes de distribución que se necesiten"***. Lo que además vulnera el Real Decreto 661/20007, porque su art. 5 exige para la autorización de las instalaciones como requisito previo indispensable la obtención de derechos de acceso y conexión a las redes de transporte o distribución correspondiente y por tanto estar en producción para acceder a la Inscripción, para la gestión y control de la percepción de tarifas, primas y complementos (art. 9). Incluso para la inscripción previa es necesario acompañar el acta de puesta en servicio y los contratos técnicos con la empresa distribuidora y no digamos para la inscripción definitiva donde el art. 12 regula dichas exigencias que no pueden ser dispensadas por una Circular.

**QUINTO**.- Nadie discute el título competencial de la Junta de Andalucía en el régimen de autorizaciones de este tipo de instalaciones, o para la creación de un Registro de tipo territorial, incluso para desarrollar un procedimiento simplificado para instalaciones con potencia instalada inferior a 100 KW (art. 5 RD 661/2007), pero a través del instrumento normativo correspondiente, y no por una mera instrucción o circular dictada por un Director General, que

no se limita a dar ciertas órdenes de servicio a los inferiores jerárquicos, sino que impone e innova determinados aspectos que afectan a terceros destinatarios designados con base a conceptos abstractos, en cuanto a pertenecientes a una categoría objetiva (promotores de instalaciones fotovoltaicas) que operan en el territorio de la Comunidad Autónoma y contiene imperativos jurídicos abstractos y generales que se repetirán cada vez que se de el supuesto de hecho en el contemplados, por lo que difícil encaje tiene en una mera Circular.

No es la primera vez que la Dirección General de industria, vía Resolución, Instrucción o Circular, regula procedimientos, aprueba normas particulares y condiciones técnicas y de seguridad (recursos 803/2005, 894/2004, 504/2004), careciendo de competencia normativa e incluso extralimitándose en la ejecución de desarrollo de la norma aplicable.

En la Circular que ahora se impugna se incurre en las mismas vulneraciones, porque la dictada tiene clara naturaleza reglamentaria, la Dirección General carece de la competencia normativa, exclusiva de los órganos de Gobierno de la Junta de Andalucía y por vía interpretativa deroga e innova la normativa que desarrolla, porque el Real Decreto 661/2007 no puede ser más claro sobre la exigencia de la instalación en producción o explotación comercial como requisito previo a la Inscripción definitiva, lo que determina la declaración de nulidad de pleno derecho de la Circular impugnada por vulneración del principio de jerarquía normativa, incompetencia del órgano que lo dictó y ausencia de procedimiento de elaboración de norma general, ya que insistimos, no estamos en presencia de una mera instrucción dirigida a inferiores jerárquicos, sino ante un acto general y abstracto con efectos ad extra de verdadera

naturaleza reglamentaria.

**SEXTO.**- La Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. no aprecia la concurrencia de motivos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**

**FALLAMOS:**

Rechazando la causa de inadmisibilidad, debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso interpuesto por el MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO contra la Circular E 1/2008 de la Dirección General de Industria, Energía y Minias de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, sobre Inscripción definitiva de instalaciones fotovoltaicas de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya nulidad declaramos. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe **recurso de casación previa prestación de depósito**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro de los de su clase y, una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.