

LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

I. INTRODUCCIÓN: 1. *Planteamiento*. 2. *Los orígenes franceses de la técnica de la desviación de poder y su posterior expansión por el Derecho europeo continental*. 3. *En especial, la recepción de la desviación de poder en España*.—II. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. *La positivización del concepto*. 2. *Consideraciones previas al estudio de la jurisprudencia del TJ sobre la desviación de poder*. 3. *Aspectos sustantivos y procesales de la desviación de poder como vicio de la actividad de las instituciones comunitarias*: A) Concepto: ¿vicio solo de legalidad o también de moralidad? B) ¿Afecta a toda la actividad jurídica de todas las instituciones comunitarias?: una regla general afirmativa y una excepción. C) Fundamentación y prueba. 4. *¿Pueden los Estados miembros incurrir en desviación de poder?*—III. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Este artículo estudia la desviación de poder (*détournement de pouvoir*), su nacimiento en Francia, su progresiva expansión por diversos países europeos (especialmente España) y su recepción y actual configuración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La principal conclusión es que la desviación de poder en Europa (tanto a nivel nacional como internacional) es institucionalmente una importante conquista del Estado de Derecho, aunque su incidencia práctica es limitada.

Palabras clave: desviación de poder; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The article deals with misuse of powers (*détournement de pouvoir*), his rise in France, its gradual expansion by various European countries (especially Spain) and the current configuration in the Court of Justice of the European Union and in the European Court of Human Rights. The main conclusion is that the misuse of powers in Europe (in national and international jurisprudence) is institutionally an important achievement of the rule of law, although its practical impact is limited.

Key words: misuse of powers, *détournement de pouvoir*; Court of Justice of the European Union; European Court of Human Rights.

* Este estudio es un resultado del proyecto de investigación con referencia DER2011-25359, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y ha sido realizado en el marco del Programa «El tiempo de los derechos», Consolider-Ingenio 2010, dentro del Grupo de investigación HI13 de la Universidad de Vigo.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento*

La desviación de poder —técnica recibida e invocada con entusiasmo en la legislación, la doctrina y las fundamentaciones jurídicas de las sentencias contencioso-administrativas, aunque tales circunstancias no encuentren proporcional reflejo en el número de fallos judiciales estimatorios— forma parte de nuestro arsenal jurídico para controlar la actividad de las Administraciones públicas españolas; pero no solo de las Administraciones públicas españolas.

Y es que la desviación de poder como tal surge en la jurisprudencia del *Conseil d'État* en el siglo XIX; desde Francia se va extendiendo por numerosos Estados de nuestro entorno entre finales del siglo XIX y la primera mitad del XX; y, posteriormente, desde los comienzos de la segunda mitad del siglo XX, traspasa las fronteras de los Derechos nacionales y se incorpora desde su creación a las dos instituciones supraestatales que desde los años cincuenta del siglo pasado han protagonizado la vertebración política, jurídica y cultural de Europa y de los derechos y libertades de los ciudadanos que en ella viven o que por ella pasan: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el acervo comunitario¹, funcionando, en el primer caso, como un mecanismo de garantía de los derechos reconocidos en el Convenio y, en el segundo, como un instrumento de control de ajuste a la legalidad comunitaria tanto de las propias instituciones europeas como de los Estados miembros. En ambos supuestos, los respectivos textos que positivizan la desviación de poder han sustentado a lo largo de las últimas décadas una jurisprudencia (más nutrida la del hoy denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJ— que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH—) cuyo estudio y sistematización constituyen la principal finalidad del presente trabajo, y que se desarrollará siguiendo como *iter* el recorrido marcado en este párrafo.

¹ Destacando el papel de ambas instituciones internacionales como pilares de la moderna construcción europea, véase L. MARTÍN-RETORTILLO (2006), «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo* (en adelante, REDA), 132, págs. 727 y ss., en concreto 729-734.

2. *Los orígenes franceses de la técnica de la desviación de poder y su expansión por el Derecho europeo continental*

La derrota francesa en la guerra franco-prusiana (1870-1871) deja seriamente dañada la economía y la Hacienda pública del país vecino. El Gobierno galo, ávido de más fuentes de ingresos, aprueba el 4 de septiembre de 1871 un nuevo tributo: una elevada tasa que grava duramente la fabricación y comercialización de cerillas. Menos de un año después, el 2 de agosto de 1872, se da un paso más pues, por ley, dicha actividad empresarial se convierte en monopolio público y se declara la expropiación de todas las fábricas existentes.

En términos económicos, la nacionalización era una buena maniobra para el Estado francés, sobre todo si se encontraba algún argumento para tratar de reconducir por debajo de los niveles de mercado el justiprecio expropiatorio de tales prósperas instalaciones fabriles. Y el Ministro de Finanzas encuentra una vía: hasta la entrada en vigor de la Ley de 2 de agosto de 1872, fabricar cerillas era una actividad privada que (por aplicación de la *normativa sobre instalaciones peligrosas, incómodas e insalubres*) requería de una autorización gubernativa renovable periódicamente; como un cierto número de fabricantes no la había renovado en el momento de la entrada en vigor de la Ley de 2 de agosto de 1872, el Ministro remite una circular a los prefectos ordenándoles que en sus respectivos Departamentos inicien procedimientos para declarar la ilegalidad de tales establecimientos e instar judicialmente su cierre en aplicación de la citada *normativa sobre instalaciones peligrosas, incómodas e insalubres*. Una vez declarada la ilegalidad y conseguido el cierre, el valor expropiatorio se reducía sensiblemente, con lo que el Estado podía quedarse con dichas fábricas a cambio de justiprecios irrisorios en comparación con el valor real de tales instalaciones en funcionamiento.

Dos de los empresarios perjudicados (los señores Pariset y Laumonier-Carriol) interponen sendos recursos contencioso-administrativos frente a las decisiones prefectorales que declaran ilegales sus negocios de fabricación de cerillas, y el Consejo de Estado francés, en dos decisiones de 26 de noviembre de 1875, estima las pretensiones de los recurrentes y declara la ilegalidad de los actos recurridos por apreciar que la Administración francesa había usado sus potestades en materia de *instalaciones peligrosas, incómodas e insalubres* para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico.

No era la primera ocasión en que el *Conseil d'État* anulaba un acto administrativo por haberse dictado para fines distintos de los previstos

por el ordenamiento, pero a partir del 26 de noviembre de 1875 la desviación de poder (*détournement de pouvoir*) queda ya definitivamente asentada en la jurisprudencia administrativa francesa². En Francia, desde entonces, el *Conseil d'État* ha identificado tres categorías diferentes de desviación de poder³:

- a) El acto administrativo no responde a fines de interés público.
- b) El acto administrativo sí obedece a fines de interés público, pero distintos de los que la ley prevé para el ejercicio de la competencia en virtud de la cual el acto se dicta (este es el caso del comentado *arrêt* de 26/11/1875).
- c) La Administración, disimulando el contenido real del acto bajo una falsa apariencia, recurre a un procedimiento distinto del que realmente corresponde con la finalidad de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y por influencia francesa, la técnica del *détournement de pouvoir* se va extendiendo por Europa⁴. A lo largo del siglo XIX llega primero a Alemania y luego a Italia (en ambos Estados primero positivizada por el legislador y lue-

² Al respecto, cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS (2007), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16.ª ed., Dalloz, págs. 28 y ss.; C. CHINCHILLA MARÍN (2004), *La desviación de poder*, 2.ª reimpr. de la 2.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 34 y ss.

³ El concepto de desviación de poder se mantiene en Francia estable desde entonces hasta nuestros días, aunque a efectos prácticos su operatividad se ha reducido en las últimas décadas. Desde mediados del siglo XX, de hecho, la doctrina francesa se muestra bastante escéptica en cuanto a la operatividad de esta institución [al respecto, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», núm. 38 de esta REVISTA, págs. 159 y ss., en concreto 169-170]; y así sigue siendo a principios del siglo XXI, donde todavía se sigue hablando «*du déclin du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation*» [N. POULET-GIBOT LECLERC (2007), *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*, 3.ª ed., Bréal, París, págs. 243 y ss.]. Tal declive deriva de la concurrencia de varias razones. En primer lugar, la propia existencia de la desviación de poder como vicio ha contribuido a que la Administración francesa, ya entrado el siglo XX, motive mejor sus actos y ofrezca menos ocasiones para apreciar la concurrencia de tal vicio que a finales del XIX o principios del XX [en este sentido, cfr. Sean VAN RAEPENBUSCH (2001), *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3.ª ed., De Boeck Université, Bruselas, pág. 510]. Y, en segundo lugar, porque desde la segunda mitad del siglo XX el *Conseil d'État* viene siendo permisivo con la Administración (sobre todo con la Administración local) cuando emplea potestades administrativas añadiendo a los fines legalmente previstos fines recaudatorios no previstos [C. DEBBASCH y F. COLIN (2007), *Droit Administratif*, 8.ª ed., Economica, París, pág. 709].

⁴ J. M. AUBY y M. FROMONT (1971), *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, Jurisprudence Générale Dalloz, París, págs. 102-103 (Alemania), 173 y ss. (Bélgica), 250 y ss. (Francia), 317-318 (Italia), 360-361 (Luxemburgo) y 434-435 (Holanda); S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1957a), «La desviación de poder en el Derecho español», núm. 22 de esta REVISTA, págs. 129 ss. (con referencias a la recepción del concepto en España e Italia); C. CHINCHILLA MARÍN (2004: 33 ss.) (Italia y España).

go desarrollada por la jurisprudencia⁵). Y ya en la primera mitad del siglo XX se extiende a Bélgica, a Holanda (una Ley holandesa en 1929 lo incorpora al ámbito del empleo público y posteriormente se extiende a otros supuestos) y a Luxemburgo (reconocido por el legislador en 1939).

Dos ideas para concluir este apartado. Una, señalar que existe un importante elemento en común en la aplicación jurisprudencial de este instrumento en todos los países citados: una trascendencia práctica en los fallos de menor entidad de la que en principio parecería que debiera derivarse de la generosidad de las previsiones legislativas. Y otra, que cuando en los años cincuenta se celebran los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los seis países firmantes de los primeros y una parte significativa de los firmantes del último ya contemplaban en sus respectivos ordenamientos la desviación de poder como instrumento de control de la actividad de las Administraciones públicas.

3. *En especial, la recepción de la desviación de poder en España*

La doctrina administrativista señala como punto de partida positivo en España de la desviación de poder propiamente dicha —perfilada y deslindada del más amplio concepto de abuso o exceso de poder— el artículo 331 del *Estatuto Municipal* de Calvo Sotelo (RD-Ley de 8 de marzo de 1924)⁶. Es cierto que se trata de una referencia normativa cuyo supuesto de hecho se limita al establecimiento por las entidades locales de «arbitrios con fines no fiscales», pero es la primera consecuencia tangible de una idea que, alimentada en ambientes intelectuales y jurídicos, llevaba años buscando acomodo en el Derecho español⁷.

⁵ Sobre las peculiaridades de la recepción italiana del *excès de pouvoir* y del *détournement de pouvoir*, véase S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1957b), «El exceso de poder como vicio del acto administrativo», núm. 23 de esta REVISTA, págs. 83 ss.

⁶ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1957a: 153). El citado artículo 331 establecía lo siguiente:

«Art. 331. Los acuerdos de los Ayuntamientos, relativos al establecimiento de arbitrios con fines no fiscales, serán motivados, y expresarán el fin o fines perseguidos con el establecimiento del arbitrio, y las razones en cuya virtud se recurre a este medio para realizarlos.

Los acuerdos a que se refiere este artículo son impugnables:

1.º Por no ser los fines perseguidos por el Ayuntamiento de la competencia legal de este.

2.º Por manifiesta incongruencia entre los fines propuestos y el arbitrio mismo; y

3.º Por lesionar injustamente interés económico legítimo».

⁷ Valgan como referencia dos muestras de ese caldo de cultivo jurídico-intelectual. En 1915, el ya entonces catedrático de Derecho Político de la Universidad de Granada, Fernan-

En 1929, durante la última etapa del Directorio civil, se presentaron en la Asamblea Nacional los proyectos de *Constitución de la Monarquía Española* y de sendas Leyes orgánicas de desarrollo y concreción de las previsiones constitucionales⁸; uno de ellos era el proyecto de *Ley sobre contenido, límites y garantías de la función judicial*, en cuyo artículo 44.2.º, incardinado en la sección dedicada a regular «la extensión de la jurisdicción ordinaria en materia contenciosoadministrativa», aparecía por primera vez la desviación de poder como causa que, con carácter general, habría permitido sustentar un recurso de nulidad frente a cualquier disposición administrativa de carácter particular emanada de cualquier Administración pública⁹. La dimisión de Primo de Rivera en enero de 1930 pondrá fin anticipado a su proyecto constitucional.

Tras la caída del régimen, la desviación de poder alcanza su más alta plasmación normativa al ser recogida por el artículo 101 de la Constitución de la República Española de 1931:

«Artículo 101. La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamen-

do de LOS RÍOS URRUTI, explicando —en un artículo dedicado a J. ORTEGA Y GASSET— algunos aspectos del control del poder público en Francia, señalaba que «contra (...) el propio acto discrecional, esto es, aquel respecto de cuyo ejercicio nada dice á la autoridad ni la ley ni el reglamento, sino simplemente le señala una atribución, cabe un recurso que se llama por desviación de poder: El Consejo de Estado aprecia, según principios y según equidad, si, no obstante haberse conformado formalmente con la ley, se ha perseguido un fin distinto del que la ley se propuso al darle aquella competencia, y, en este caso, anula el acto. Este camino es el que tiende á seguir en Francia la crítica judicial de todos los actos del poder» [F. DE LOS RÍOS URRUTI (1915), «Conducta inconstitucional del Gobierno ¿le debe obediencia la nación?», *España. Semanario de la vida nacional*, 27, págs. 3-4, en concreto 4]. Y, en 1920, José CIUDAD AURIOLES, presidente del Tribunal Supremo, en el acto anual de apertura de los Tribunales leía las siguientes palabras: «Aquí puede darse lo que modernamente se llama *desviación de poder*, y contra esas denegaciones bien podría tener lugar el recurso por *detournement de pouvoir*, en consonancia con la novísima teoría de que la discrecionalidad se reduce a pleno poder de apreciación si se ejerce legalmente y para el fin para que tal potestad ha sido creada» [J. CIUDAD AURIOLES (1920), *La Correspondencia de España*, 22821, Madrid, 15 de septiembre, página quinta] (en ambos casos los textos se han transcrito con la ortografía original, al igual que sucede con todas las transcripciones de textos de comienzos del siglo XX incluidos en este estudio).

⁸ Todos los citados proyectos se reproducen en el número especial del diario *ABC* del domingo 7 de julio de 1929.

⁹ «Art. 44. Será atribución de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria en materia contenciosoadministrativa conocer con arreglo a derecho:

- 1.º De los recursos contenciosoadministrativos de jurisdicción plena (...).
- 2.º De los recursos contenciosoadministrativos de nulidad interpuestos por quien tuviera en ellos interés directo en reclamar la invalidez de resoluciones de la Administración central, provincial o municipal que, habiendo causado estado, y no siendo reglamentarias ni de carácter general, adoleciera en el fondo de incompetencia, *desviación de poder*, ilegalidad o vicio de forma en su tramitación, incluso por razón de la omisión o tardanza en resolver cuando, con arreglo a la ley o disposiciones reglamentarias, hubiera, por parte de la Administración en cualquiera de sus grados la obligación de hacerlo».

taria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder»¹⁰.

Tras la guerra civil y la ruptura de la legalidad republicana impuesta por el régimen franquista, la desviación de poder se positivizará con carácter general y se definirá en el artículo 83.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.

Veinte años después de la Constitución española de 1978, las Cortes Generales diseñan una nueva norma reguladora del contencioso-administrativo, la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (en adelante, LJCA/98), con algunos contenidos novedosos respecto de su precedente y con otros que no cambian. Entre estos últimos se encuentra el vigente artículo 70.2, que —incorporando los contenidos de la vieja Ley de 1956— define qué se entiende en la actualidad por desviación de poder en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo:

«Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

Ese vicio de toda potestad administrativa (de toda, no solo de las que dan lugar al dictado de actos administrativos; y solo de la actividad

¹⁰ Durante la II República, por cierto, la novedosa institución jurídica tuvo su papel en un curioso episodio histórico. En 1935, Manuel Azaña fue acusado de haber supuestamente cometido varios ilícitos penales por haber apoyado —durante su etapa como presidente del Consejo de Ministros y ministro de Guerra— de diversas formas y en diversos momentos a revolucionarios portugueses que actuaban contra la dictadura salazista. Una de tales acciones había consistido en destinar fondos reservados del Ministerio de Guerra a auxiliar económicamente a militares portugueses sublevados; Azaña nunca negó tal hecho, aunque sí que pudiera ser calificado como ilícito (*ABC* de 21 febrero 1935, págs. 19 y 20; *El Sol* de 21 marzo 1935; *El Heraldo de Madrid* de 21 marzo 1935). Pues bien, en julio de 1935, en una de las sesiones en Cortes que suscitó dicho asunto, el creador del partido monárquico «Renovación Española», Antonio Goicoechea (quien apenas dos años antes, en su calidad de presidente de la «Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación», ya había dedicado parte de su discurso de apertura del curso 1933-1934 al artículo 101 de la Constitución republicana —*El Siglo Futuro*, 19 diciembre 1933, pág. 4—), tomó la palabra para explicar que, en su opinión, el hecho imputado a Manuel Azaña no encajaba en el tipo penal que se le pretendía aplicar, pues «entendemos que siempre que hay manejo de fondos secretos y respecto de ellos libertad para decretar su inversión sin necesidad de rendir cuentas, no puede haber delito de malversación (...) ¿Exculpamos por ello al señor Azaña? No. El Consejo de Estado francés ha definido una figura de infracción que hoy está incorporada a la Constitución que votasteis en 1931. Me refiero a la desviación del Poder. ¿Cuándo hay desviación del Poder? Pues cuando se utiliza el empleo público o cuando se utilizan fondos públicos para fines distintos de los que el interés público aconseja. Y cuando el Sr. Azaña empleaba fondos secretos que en el Ministerio de la Guerra le había dado la nación para utilizarlos en necesidades de interés público, a la finalidad distinta de provocar una rebelión en el país vecino, es evidente que incurría no en el delito de malversación de caudales, pero sí en el de desviación del Poder que habéis consignado en la Constitución» (*La Época*, 22 julio 1935, pág. 5).

administrativa, no de la legislativa o de la judicial¹¹) puede explicarse hoy en día como una consecuencia de la aplicación del principio constitucional de vinculación positiva de la Administración (art. 103.1 CE) y del control por parte de los tribunales del sometimiento de esta a los fines que justifican su actividad (art. 106.1 CE)¹². Todos, absolutamente todos —ciudadanos y poderes públicos—, estamos sometidos al ordenamiento jurídico; eso es un requisito inexcusable del Estado de Derecho y así lo prevé expresamente el artículo 9.1 CE. No obstante, que todos estemos sometidos no implica que todos estemos sometidos por igual. Los ciudadanos, en virtud del principio de libertad (art. 1 y Título I CE), estamos vinculados negativamente por la ley, es decir, podemos hacer todo lo que no esté prohibido. Sin embargo, el vínculo de la Administración al ordenamiento jurídico es más intenso. El virtud del artículo 103.1 CE («la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»), la Administración está vinculada positivamente a la ley¹³, lo que significa que no solo no puede hacer lo que está prohibido, sino que además solo puede hacer lo que le está permitido y utilizando los mecanismos previstos para ello; es decir, vinculación en los medios y vinculación en los fines (art. 103.1), cuyo respeto estará en todo caso sometido al control judicial (art. 106.1 CE).

Por todo ello (argumentos legales y constitucionales), el uso por parte de la Administración pública de una potestad administrativa para una finalidad distinta de la prevista en el ordenamiento jurídico vicia

¹¹ Pese a no haber sido este un tema pacífico en sede doctrinal, entiendo que nuestro Derecho positivo interno y nuestra jurisprudencia no dejan resquicio alguno para invocar en España el instrumento técnico de la desviación de poder ni respecto del control de la actividad judicial de los órganos jurisdiccionales ni respecto del control de la actividad legislativa; a este respecto baste la referencia al elocuente análisis de la cuestión contenido en C. CHINCHILLA MARÍN (2004: 72 y ss.). Como explica la citada autora, que los órganos judiciales no puedan incurrir en desviación de poder no quiere decir «que los jueces y magistrados que integran el poder judicial no cometan nunca desviaciones, ni actúen con intenciones torcidas, (...) lo que quiere decirse, simplemente, es que cuando eso ocurre, es decir, cuando los órganos judiciales dictan una resolución injusta —e injusta será toda resolución dictada para cualquier finalidad que no sea cumplir su función (...)— habrán incurrido en el delito de prevaricación, pero no en desviación de poder» (págs. 77-78); y, en relación con la actividad legislativa (tanto de los Parlamentos al aprobar leyes como de los Gobiernos al aprobar normas con rango de ley), resulta más correcto que la desviación de poder —y suficiente para que sea operativo el control— apelar a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE (págs. 79 y ss.). Otra cosa distinta es, como veremos, lo que sucede —en un contexto normativo distinto del que se derivan soluciones distintas— en cuanto al control de la actividad de las instituciones de la Unión Europea.

¹² En este sentido, cfr., entre otras, las SSTs de 1 diciembre 2011 (JUR 2011/435605, FJ 6.º) y 18 marzo 2011 (RJ 2011, 2194, FJ 6.º).

¹³ Al respecto, véanse, entre otras, la muy ilustrativa STSJ de Andalucía 1366/2008, de 25 de noviembre; la STSJ de Cantabria 30/2002, de 18 de octubre; o la STSJ de Castilla y León 918/1998, de 29 de julio. En general sobre este tema, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011), *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I), 15.ª ed., Civitas, Madrid, § VII.II.

el resultado del ejercicio de dicha potestad (sea un acto, sea un reglamento, sea una actividad material), posibilitando en vía contencioso-administrativa una sentencia estimatoria del recurso que anule el acto administrativo (art. 63.1 de la Ley 30/1992 en relación con los arts. 71 y 31.1 LJCA/1998), o que declare nulo por no ser conforme a Derecho el reglamento (art. 62.2 Ley 30/1992 en relación con los arts. 71 y 31.1 LJCA/1998), o que declare no ser conforme a Derecho y el cese de la actividad material (arts. 32.2 y 71 LJCA/1998), todo ello sin perjuicio de otros pronunciamientos adicionales contenidos en los artículos 31 y 32 LJCA/1998¹⁴.

El FJ 4.º de la STS de 7 de julio de 2008 (RJ 2008, 3492) sintetiza décadas de jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la desviación de poder:

«La desviación de poder, según señala la sentencia de 30 de noviembre de 2007, con referencia a la de 13 de junio de 2000, “como vicio constitucionalmente conectado con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esta a los fines que la justifican, es considerada por la Ley como motivo de nulidad de los actos administrativos”.

La desviación de poder, como infracción del ordenamiento jurídico (art. 70.2 LJCA), supone, según la jurisprudencia, la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, de ahí que sea preciso examinar cada caso concreto, debiéndose demostrar por quien la invoca que el acto impugnado, ajustado a la le-

¹⁴ ¿Y en el caso de inactividad material? La pregunta no es ociosa, porque el artículo 71.2 LJCA/1998 no dice nada de este nuevo presupuesto procesal incluido en nuestro sistema jurisdiccional contencioso-administrativo por los artículos 25.2 y 29 LJCA/1998. Y si el artículo 71.2 no dice nada es simplemente porque, en principio, no es necesario: la mera inactividad material de la Administración, cuando la actividad sea exigible conforme al ordenamiento jurídico, es de por sí una irregularidad fiscalizable y reparable en términos jurisdiccionales sin necesidad de alegar ningún vicio añadido. No obstante, nada impide que ante una supuesta inactividad material de la Administración el recurrente pueda invocar la concurrencia del vicio de desviación de poder (a este respecto, véase el ATS de 28 de mayo de 2009, dictado en el recurso de casación núm. 3088/2008; o la STS de 7 de julio de 2008, cuya fundamentación jurídica se reproduce parcialmente en este mismo apartado).

galidad extrínseca, no responde en su motivación interior al sentido teleológico de la actividad administrativa¹⁵, y teniendo en cuenta que, ante la presunción de legalidad del acto, no basta con meras conjeturas o sospechas, debiéndose aportar los datos suficientes para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia. Todo ello sin que se pueda confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto.

La jurisprudencia (Ss. 23-6-2003, 15-6-2005) viene señalando como notas características:

— El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

— La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984.

— Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica con tales elementos reglados del acto, para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma.

— En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presun-

¹⁵ Señalaba CLAVERO ARÉVALO en 1959, desde una perspectiva práctica, que «como la desviación de poder consiste en la persecución de fines ajenos a los marcados por el Ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones los hechos de los que puedan inferirse tales fines, serán también ajenos al expediente administrativo, por lo que requerirán una prueba, debiendo por tanto mencionarse entre los hechos de la demanda. En los fundamentos de Derecho se razonará el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, existente entre el hecho probado y los fines contrarios a los marcados por el Ordenamiento jurídico» [M. CLAVERO ARÉVALO (1959), «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», núm. 30 de esta REVISTA, págs. 105 y ss., en concreto 118].

ciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987.

Tal prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1.214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal, pues hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

En concreto y respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la sentencia de 18 de marzo de 1993 señala que: “Toda potestad administrativa —y, por lo tanto, también la potestad reglamentaria— se atribuye por la Ley a los Entes y órganos administrativos, con un fin concreto: La satisfacción del interés público determinado en la norma”.

De ahí que si se ejercitan las potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el ordenamiento jurídico (art. 83.3 de la LJ) se hable de desviación de poder, que es un vicio de la causa del reglamento o de alguno de sus preceptos (o, en su caso, del acto administrativo). El ejercicio de la potestad reglamentaria supone que la Administración se encuentra ante situaciones necesitadas de regulación, pero cuyas situaciones a regular permiten, dentro del fin concreto que marca la norma habilitante, una cierta libertad de elección: de lo que no se puede apartar el reglamento es del fin esencial que la marca la norma habilitante».

En cuanto al grado o intensidad de esa «convicción moral» necesaria para que el órgano contencioso dé por probada la existencia de desviación de poder puede, en líneas generales, apreciarse —como ya se ha avanzado— un no del todo exacto ajuste entre la argumentación jurisprudencial (con frecuencia generosa) y su concreta proyección sobre los fallos de cada sentencia (siempre muy escrupulosos). El FJ 3.º de la STS de 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 8055) detalla la jurisprudencia

dencia al respecto [en este sentido, véanse también la STS de 12 de julio de 1985 (RJ 1985, 4213); la STSJ de la Comunidad Valenciana 1132/2007, de 24 de septiembre; o la STSJ de Cataluña 1137/2004, de 25 de noviembre]¹⁶:

«al operar dicha institución dentro del concepto de causa del acto administrativo agota su ámbito de aplicación en el correspondiente al principio de objetividad, impuesto por el artículo 103.1 de la Constitución, como factor de ajuste teleológico entre el fin social de la norma aplicada y la causa del acto que la aplica, lo que en el orden probatorio de aquella discordancia finalista, resulta fundamental la prueba de presunciones en función de las consecuencias o resultados que sobre la realidad social produce el acto de aplicación y su conformidad o incongruencia con el concreto interés público que satisface la norma aplicada; comparación no solo cualitativa, sino a la vez cuantitativa con respecto de otros intereses que de hecho resultan favorecidos por el acto de aplicación, de tal manera que si estos distintos intereses resultan más favorecidos que los específicos y determinantes de la norma como instrumento rector de la actividad administrativa, corresponderá entonces la revisión jurisdiccional no ya por infracción de una típica normativa, sino por vulneración de razones justificantes (artículo 106.1 de la Constitución) en concordancia con la diferenciación entre Ley y Derecho mantenida en el artículo 103.1, “in fine”, también de la Constitución, a cuya luz la institución reactiva de ajuste a Derecho significada por la desviación de poder, participa de semejante naturaleza que la nulidad de pleno derecho del fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil) y del abuso o el ejercicio antisocial de los derechos (artículo 7.2), pero con la modalidad en su aplicación contencioso-administrativa (artículo 106.1 de la Constitución y 1.º de la Ley Jurisdiccional) de operar por el cauce de la anulabilidad propia de las pretensiones de este orden. Lo que puesto ahora en función de la fundamentación del acto impugnado por desviación de poder, y con respecto de la definición de los principios pertinentes al ámbito pro-

¹⁶ En la actualidad, las referencias a las reglas de la carga de la prueba deben tener como punto de referencia positivo la vigente redacción de la LECiv/2000.

batorio, conduce a la conclusión de que, si el acto es reglado, con expresión en sus fundamentos de los concretos preceptos aplicados, el sesgo o desviación teológica entre los concretos fines sociales de los mismos y los resultados sobre la realidad social del acto que tales preceptos aplica, incumbirá en su prueba, la diferencia entre razón justificante del acto y consecuencias de este a quien alega la desviación de poder, gozando el acto administrativo de la presunción de existencia y licitud de su causa con la consecuente necesidad de cumplida prueba en contrario para destruirla; y si el acto es de los llamados “discrecionales”, tal presunción se dará entonces y solo entonces, si la fundamentación del acto incluye y precisa el concreto interés público, causa jurídica o razón justificante que de modo objetivo, y, por lo tanto, con separación definida de privilegio o arbitrariedad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, integra en el sistema jurídico al acto en cuestión, incumbiendo así, del mismo modo, la carga de la prueba en contrario a quien alega la desviación de poder; pero si el acto carece de dicha fundamentación, y la Administración actuante solo aduce en el proceso revisor facultades o privilegios de actuación “discrecional”, por más que expresamente se le otorguen en nivel de Ley, incumbirá en tales casos la prueba del ajuste teleológico a la Administración que así actuó con privación de garantías constitucionales contra la arbitrariedad, obligando al administrado a pruebas de tal dificultad que prácticamente convierte en inoperante la institución de la desviación de poder con grave riesgo del derecho fundamental amparado por el artículo 24.1 de la Constitución Española, a cuyo respeto se hallan vinculados todos los poderes públicos según establece el artículo 53.1 de la misma».

O, como bien resume la antes citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 2007:

«a partir de la entrada en vigor de la Constitución, dada la proclamación expresa que la misma efectúa del derecho a la tutela judicial efectiva y del control judicial de la Administración, la jurisprudencia ha relativizado las exigencias de prueba en relación con ese vicio del acto ad-

ministrativo, dado que una prueba plena sobre las intenciones sería diabólica»¹⁷.

Pese a la expuesta flexibilización jurisprudencial de los requisitos probatorios, no es fácil, ni mucho menos, conseguir una sentencia estimatoria fundamentada en la desviación de poder, y en una buena parte de las ocasiones en que la jurisdicción contencioso-administrativa desestima tales recursos el fundamento del fallo toma como base la falta o insuficiencia de la prueba aportada en tal sentido por la parte actora¹⁸. Si el Tribunal de instancia entiende que no hay una clara y contundente base probatoria, no solo se desestimarán las pretensiones del demandante, sino que en el caso de que dicha sentencia sea recurrible en casación —y dado que el TS en esta vía no puede, como regla, entrar a valorar la prueba— difícilmente podrá ser rectificadla la resolución judicial recurrida. Valga como representativo el siguiente párrafo del FJ 6.º de la STS de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 397):

«la sentencia de instancia en este punto recoge acertadamente en qué consiste la mencionada desviación de poder, por lo que no puede acogerse ningún reproche que suponga el que el Tribunal “a quo” ignore el concepto de tal figura o los efectos a ella anudados. Lo que ocurre es

¹⁷ La explicada en el texto es la línea jurisprudencial dominante, aunque también existen pronunciamientos más exigentes; recientemente, estudiando esta cuestión, véanse J. MARGARIT CABALLÉ (2010), «La desviación de poder en el ámbito urbanístico», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 256, págs. 71 y ss., en concreto 105 y ss.; M. SILVA LÓPEZ (2010), «A vueltas con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Aportaciones al debate», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 78, págs. 109 y ss., en concreto 123 y ss.

¹⁸ Es muy probable que, en el fondo, tras el escaso éxito jurisprudencial de la desviación de poder haya algo más que razones que objetivamente puedan sustentarse en las dificultades probatorias; como con acierto ya se apuntó en los años setenta del siglo XX, «el Tribunal Supremo identifica la desviación de poder con elementos éticos y morales, de crítica no formal respecto de las decisiones administrativas, lo que puede actuar como freno para la admisión de la desviación de poder por las connotaciones sociales y políticas que, desde este planteamiento, tal crítica conllevaría (...) Las dificultades de prueba y las pretendidas connotaciones metajurídicas apuntadas hacen que sean infrecuentes las aceptaciones de desviación de poder» [L. MARTÍN REBOLLO (1977), «Libertades públicas y control judicial», núm. 84 de esta REVISTA, págs. 387 y ss., en concreto 424]; véanse también, en esta línea, A. SANTAMARÍA PASTOR (1974), «Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control. Sentencia de 4 de abril de 1972, Cooperativa de Descarga del Mercado Central de Entradores de Sevilla», *REDA*, 2, págs. 303 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA (1984), «Hacia el control de la desviación de poder por omisión», *REDA*, 40, págs. 173 ss.

En opinión de Ricardo ALONSO GARCÍA —que comparto en la dirección pero no en la intensidad, pues los fallos estimatorios fundados en tal motivo no son frecuentes, pero sí los hay—, «el control de la desviación de poder (...) dados los requisitos creados por la jurisprudencia, se ha hecho totalmente inoperante» [R. ALONSO GARCÍA (1983), «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», núm. 100 de esta REVISTA, págs. 21 y ss., en concreto 29].

que afirma que no hay prueba de que exista en el órgano administrativo [entidad administrativa] “un ánimo” diferente a la defensa y recuperación de un bien de dominio público, y esta declaración constituye también un pronunciamiento del Tribunal “a quo” sobre el resultado probatorio que no puede ser revisado en el recurso de casación».

Luego si en única instancia se ha invocado la desviación de poder y se desestima el recurso porque el órgano judicial *a quo* no la considera suficientemente probada resulta hartamente difícil obtener una rectificación en vía casacional, pues la configuración y naturaleza de la casación obligan al recurrente a probar que la sentencia impugnada incurre en error en la valoración de prueba tasada legalmente o la ruptura de las reglas de la carga de la prueba igualmente previstas en la Ley. Como a este respecto señala el FJ 17.º de la STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10687), en un supuesto en que el recurrente alegó infructuosamente desviación de poder:

«... la casación no es una tercera instancia que permita una impugnación abierta y libre de lo acordado por el Tribunal de instancia, incidiendo en la libre valoración de la prueba, de manera que no caben nuevas y parciales exégesis inspiradas en intereses subjetivos, frente al criterio objetivo de los órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta que la Ley 10/1992 suprime el error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos y solo queda como “*quaestio iuris*” el error en su valoración, pero que ha de ser alegado con cita de la norma de prueba tasada que se considere objeto de vulneración, pues de lo contrario ha de partirse de los hechos declarados probados, sin que quepa reconocer, como ha reiterado la Sala Primera del Tribunal Supremo [en sentencias de 5 de junio de 1985 (RJ 1985, 3094) y 18 de julio de 1997 (RJ 1997, 5522)], la posibilidad de la estimación de una frustración en la economía de la parte o en su interés material o moral, como sucede en la cuestión examinada, pues al pretender no respetarse la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, es procedente la desestimación del motivo alegado, máxime teniendo en cuenta que se hace en el motivo un supuesto de la cuestión, olvidándose que el artículo 1214 del Código Civil no contiene una norma

valorativa de la prueba y solo puede alegarse en casación como infringido cuando el juzgador hubiese alterado indebidamente el “onus probandi”, invirtiendo la carga que a cada parte corresponda».

II. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. *La positivización del concepto*

El Derecho comunitario, como no podía ser de otra manera —y sin perjuicio de sus mecanismos e instituciones innovadores—, comienza su andadura nutriéndose en buena medida de conceptos e instrumentos propios de los Estados que lo integran¹⁹. Cuando entre 1951 y 1957 se firman los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas —y como ya se ha expuesto—, en los ordenamientos jurídicos internos de los seis Estados fundadores (República Federal de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) se encuentra afianzado (en legislación, jurisprudencia y doctrina) el concepto de «desviación de poder», y tal mecanismo —del que los tribunales nacionales disponen para controlar sus respectivas Administraciones públicas— es incorporado por los socios comunitarios a los tres Tratados y puesto a disposición del nuevo *poder judicial* comunitario para controlar la legalidad de la actuación de las nuevas instituciones internacionales. Así, se incorpora en los artículos 33 y 35 de la redacción original del Tratado CECA (solo en relación con decisiones y recomendaciones de la Alta Autoridad), en el artículo 146 del Tratado Euratom y en el artículo 173 del Tratado CEE.

En la actualidad, tras la entrada en vigor el Tratado de Lisboa en 2009, la desviación de poder queda recogida en el segundo párrafo del artículo 263 del ahora denominado *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, precepto que regula el recurso de anulación:

«Art. 263. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de

¹⁹ Como bien explica, en otro contexto, J. MEDINA ORTEGA, «los conceptos jurídicos del Derecho estatal no son exactamente aplicables a la Organización internacional. Pero en defecto de elaboración propia, resulta extraordinariamente útil la asimilación de las concepciones ya elaboradas en el Derecho estatal al Derecho de las Organizaciones» [J. MEDINA ORTEGA (1961), «La jurisprudencia del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas», núm. 36 de esta REVISTA, págs. 29 y ss., en concreto 29].

los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión»²⁰.

2. Consideraciones previas al estudio de la jurisprudencia del TJ sobre la desviación de poder

Como ya se ha avanzado, en el momento de arranque de las Comunidades Europeas, la inclusión positiva de la desviación de poder derivó de la previa existencia de tal mecanismo en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos de los seis Estados fundadores. Y en la posterior definición, caracterización y operatividad jurisprudencial de este

²⁰ A la expuesta positivización de carácter general prevista en el Derecho primario hay que sumar algunas referencias contenidas en Derecho derivado en relación con el funcionamiento y control de algunas *Agencias* comunitarias. Como explica Luis MARTÍN REBOLLO, «más allá de la estructura administrativa que suponen las Direcciones Generales y sus empleados, la Unión Europea no tiene, en puridad, una Administración directa propia. Su modelo de Administración es un modelo de administración indirecta. Quiere ello decir que la Administración general comunitaria son las Administraciones Públicas de todos los estados miembros (...). Ello no obstante desde hace algún tiempo existe un embrión de Administración propia montada sobre el modelo de Agencias, esto es, entes especializados, dotados de autonomía y personalidad jurídica, encargados de la programación, el análisis o la ejecución y gestión directa de ciertas políticas comunitarias específicas» [L. MARTÍN REBOLLO (2011), *Leyes administrativas*, 17.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, § 4.V.10]. Cada una de tales entidades suele recibir el nombre de «Agencia» o de «Oficina». Al respecto, véase J. A. FUENTETAJA PASTOR (2007), *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid.

Pues bien, el párrafo quinto del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE permite que los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión puedan «prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos»; así, en algunos casos, los reglamentos comunitarios que crean tales agencias prevén que sus actos sean recurribles ante la propia entidad (que a tales efectos estarán dotadas de órganos denominados «salas de recursos»), cuya resolución a su vez será recurrible ante el TJ, y enumeran expresamente como posibles motivos del recurso la *desviación de poder* y el resto de motivos contenidos en el primer párrafo del citado artículo 263.1 del Tratado. Es el caso de los artículos 65 del Reglamento CE 207/2009 y 61 del Reglamento CE 6/2002, ambos en relación con la *Oficina de armonización del mercado interior (marcas, diseños y modelos)*; o del artículo 73 de la vigente redacción del Reglamento CE 2100/94, referido a la *Oficina comunitaria de variedades vegetales*.

mecanismo mucho ha jugado el previo conocimiento de la institución en sus Derechos internos por parte de los juristas que pasaban a desempeñar funciones jurisdiccionales en las instituciones europeas. Así, en la jurisprudencia del TJ, como veremos, se ha ido formando un concepto de desviación de poder que, sin dejar de ser propio, no deja tampoco de responder en parte a los mismos parámetros (y, por tanto, a los mismos límites y debilidades) que sus antecedentes nacionales.

De esta manera (al igual que sucede en los contencioso-administrativos nacionales), aunque con cierta frecuencia los recurrentes (o los órganos judiciales nacionales que plantean una cuestión) invocan ante el TJ la desviación de poder, no son muchas las ocasiones en que este órgano llega siquiera a estudiar la alegación y pronunciarse sobre si concurre o no este vicio. Ante el TJ, ello puede tener lugar por varias razones:

- a) El asunto se inadmite o el motivo se desestima (sea en la instancia, sea en casación) sin entrar en el fondo en virtud de algún defecto procedimental o falta de fundamentación²¹.
- b) El TJ entiende que los recurrentes han invocado equívocamente desviación de poder, utilizando esa denominación para en realidad referirse a otros vicios²².
- c) El TJ considera ilegal el acto o norma recurrido (o cuestionado), pero por otros motivos distintos de la desviación de poder (es decir, que la eventual concurrencia de desviación de poder suele abordarse por la justicia comunitaria con carácter residual, solo si se descarta que haya otros motivos de nulidad)²³.

²¹ V.gr., SSTJ de 6 mayo 1986 (caso *Nuovo Campsider v. Comisión*), 20 febrero 1997 (*Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV contra Comisión*), 22 abril 1999 (*Kernkarftwerke Lippe-Ems GmbH v. Comisión*, §§ 83-86), 13 diciembre 2000 (*Services pour le groupement d'acquisitions SARL —SGA— v. Comisión*, § 21), 31 mayo 2001 (*Sadam Zuccherifici, divisione della SECI y otros v. Consejo*, §§ 4 y 7), 21 junio 2001 (*Ferriera Lamifer SpA y otros v. Ferriera Acciaieria Casilina SpA*, §§ 35 y 36), 5 julio 2001 (caso *Italia v. Comisión*, § 61), 27 junio 2002 (*Odette Simon contra Comisión*, §§ 40-42), (auto de) 28 marzo 2003 (*Territorio Histórico de Álava y otros v. Gobierno Vasco*), 11 noviembre 2004 (*Daewoo Electronics Manufacturing España, S.A. —Demesa— y otros v. Asociación Nacional de Fabricantes de Electrodomésticos de Línea Blanca ANFEL y otros*, §§ 69-70) y 30 marzo 2006 (*España v. Comisión*).

²² V.gr., los casos de las SSTJ de 22 octubre 1986 (*Metro SB-Grossmaerkte GmbH and Co. KG v. Comisión*), donde los recurrentes parecen llamar genéricamente «desviación de poder» al conjunto heterogéneo de supuestas ilegalidades cometidas que justifican los cinco motivos de fondo alegados en su demanda (§ 24); o de 4 febrero 1988 (*Italia v. Comisión*), donde, en opinión de la Comisión, la desviación de poder alegada no añade nada a la también alegada vulneración directa de determinada norma comunitaria (§ 8).

²³ V.gr., SSTJ de 23 abril 1986 (*Partido Ecologista «Los Verdes» v. Parlamento Europeo*), 26 febrero 1987 (*Consorzio Cooperative d'Abbruzzo v. Comisión*), 9 abril 1987 (*ASSIDER y otros v. Comisión*), 15 diciembre 1987 (*Gran Bretaña v. Comisión*), 2 febrero 1988 (*Gran Bretaña v. Comisión*), 9 octubre 1990 (*Francia v. Comisión*), 13 abril 1994 (*Alemania y otros v. Comisión*), 18 mayo 1994 (*Codorniu, S.A. v. Consejo*), 14 diciembre 1995 (*Francia v. Comisión*), 18 sep-

Y aquellos casos en los que el TJ entra a estudiar la posible existencia de desviación de poder se saldan en la mayor parte con desestimaciones, bien porque el TJ descarta que exista tal vicio²⁴, bien porque entiende que no hay prueba suficiente²⁵.

Quedan así tan solo un puñado de supuestos en los que la invocación de la desviación de poder ha servido como sustento expreso para que el TJ considerara la nulidad de la actividad (o inactividad) jurídica impugnada o cuestionada²⁶.

tiembre 1996 (*Postbank NV contra Comisión*), 28 mayo 1998 (*Parlamento Europeo v. Consejo*), 13 septiembre 2005 (*Comisión v. Consejo*), 22 junio 2006 (*Comisión v. Consejo*) y 1 abril 2008 (*Dinamarca y otros v. Comisión*).

Sobre el carácter subsidiario o complementario de la desviación de poder frente a otros vicios eventualmente concurrentes (en Derechos nacionales o en Derecho comunitario), véanse C. DEBBASCH y F. COLIN (2007: 708); Paul LEWALLE (2008), *Contentieux administratif*, 3.ª ed., Larcier, Bruselas, págs. 1091 y ss.; Sean VAN RAEPENBUSCH (2001: 509-510); M.ª J. ALONSO MAS (1998), *La resolución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch - Universidad de Valencia, Valencia, págs. 582 ss.

²⁴ V.gr., SSTJ de 11 marzo 1987 (*Vandemoortele v. Comisión*), 27 septiembre 1988 (*Grecia v. Consejo*), 14 junio 1989 (*Hoogovens Groep BV v. Comisión*), 28 noviembre 1989 (*Anonymos Etaireia Epicheiriseon Metalleftikon Viomichanikon Kai Naftiliakon y otros v. Consejo*), 29 marzo 1990 (*Grecia v. Consejo*), 6 junio 1990 (*AERPO y otros v. Comisión*), 13 noviembre 1990 (*The Queen v. The Minister of Agriculture, Fisheries and Food y otros*), 7 mayo 1991 (*Nakajima All Precision Co. Ltd contra Consejo*), 20 junio 1991 (*Cargill BV contra Comisión*), 13 julio 1995 (*Parlamento v. Comisión*), 30 abril 1996 (*Países Bajos v. Consejo*), 24 octubre 1996 (*Roger Trembla y otros v. Comisión*), 25 junio 1997 (*Italia v. Comisión*), 17 julio 1997 (*Affish B.V. contra Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*), 17 mayo 2001 (*International Express Carriers Conference —IECC— contra Comisión*), 7 marzo 2002 (*Italia v. Comisión*), 14 diciembre 2004 (*Swedish Match AB y otros v. Secretary of State for Health*), 10 marzo 2005 (*España v. Consejo*), 10 mayo 2005 (*Italia v. Comisión*), 1 julio 2008 (*Compagnie maritime belge, S.A. contra Comisión*), 20 septiembre 2011 (*Regione autonoma della Sardegna v. Comisión*).

²⁵ V.gr., SSTJ de 11 julio 1990 (*SA Sermes v. Directeur des services des douanes de Estrasburgo*), 18 abril 1991 (*Las Assurances du Crédit y otros v. Consejo y otros*), 7 abril 1992 (*Compagnia Italiana Alcool SAS di Mario Mariano and Co. —CIA— v. Comisión*), 5 octubre 1994 (*Antonio Cirspoltoni v. Fattoria Autonoma Tabacchi*), (STPI de) 24 abril 1996 (*Industrias Pesqueras Campos, S.A. y otros v. Comisión*), 6 junio 1996 (*Italia v. Comisión*), 12 noviembre 1996 (*Gran Bretaña v. Consejo*), 5 mayo 1998 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise*), 14 mayo 1998 (*Windpark Groothusen GmbH and Co. Betriebs KG v. Comisión*), 4 julio 2000 (*Jean-Jacques Goupil y otros contra Comisión*), 6 marzo 2001 (*Bernard Connolly contra Comisión*), 4 octubre 2001 (*Italia v. Comisión*), 5 junio 2003 (*Eoghan O'Hannrachain contra Parlamento*), 2 octubre 2003 (*Siderúrgica Aristrain Madrid, S.L. contra Comisión*), 14 julio 2005 (*Países Bajos v. Comisión*), 7 septiembre 2006 (*España v. Consejo*), 27 noviembre 2007 (*Athanasios Pitsiorias contra Banco Central Europeo —BCE— y otros*) y 15 mayo 2008 (*España v. Consejo*).

²⁶ En 1965 señalaba D. G. VALENTINE que no había ni un solo pronunciamiento estimatorio de un recurso por desviación de poder [D. G. VALENTINE (1965), *The court of Justice of the European Communities. Vol. I: Jurisdiction and procedure*, Stevens and Sons, Londres, pág. 139]; hoy en día, casi medio siglo después, apenas pueden citarse unas pocas resoluciones como las SSTJ de 5 mayo 1966 (*Max Gutmann v. Comisión*), 29 septiembre 1976 (*Franco Giuffrida v. Consejo*), 21 febrero 1984 (*Walzstahl-Vereinigung et Thyssen Aktiengesellschaft v. Comisión*), 14 julio 1988 (*Stahlwerke Peine-Salzgitter AG y otros v. Comisión*) o 13 abril 2000 (*Comisión v. Antonio Giannini*), la mayoría de ellas en asuntos de personal. Como, en definitiva, señala Sean VAN RAEPENBUSCH, la justicia comunitaria solo excepcionalmente aprecia la existencia de desviación de poder (Sean VAN RAEPENBUSCH, 2001: 510). Sin perjuicio de que las razones que explican tal resultado se vayan examinando en las páginas siguientes, una sín-

3. Aspectos sustantivos y procesales de la desviación de poder como vicio de la actividad de las instituciones comunitarias

A) Concepto: ¿vicio solo de legalidad o también de moralidad?

Son numerosas las resoluciones del TJ que definen y caracterizan la desviación de poder como un vicio de carácter teleológico, al igual que sucede en los Derechos nacionales; aunque ya en el propio concepto jurisprudencial comunitario empezamos a encontrar notables diferencias con respecto a sus antecedentes. La definición estándar de desviación de poder en la jurisprudencia del TJ es la siguiente, tomada del considerando núm. 49 de la STJ de 15 de mayo de 2008 (*España v. Consejo de la Unión Europea*)²⁷:

«Según reiterada jurisprudencia, un acto solo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar *finés distintos de los alegados* o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado CE para hacer frente a las circunstancias del caso».

Adviértase la importancia de la expresión destacada en cursiva, pues la referencia para que exista desviación de poder no es la finalidad específicamente prevista para el uso de la potestad de que se trate, sino la finalidad (comunitaria) alegada por el órgano actuante²⁸. A diferencia

tesis se ofrece en D. SIMON, F. MARIATTE y D. RITIENG (2010), *Contentieux de l'Union européenne/1. Annulation. Exception d'illégalité*, Lamy, París, pág. 205 (§ 130): «*le piètre succès de ce moyen s'explique essentiellement par la liberté laissée à l'autorité de l'Union de déterminer le but qu'elle entend poursuivre, étant donné la pluralité et le caractère parfois contradictoire des objectifs fixés, et surtout par la difficulté de la preuve*».

²⁷ Muchas sentencias del TJ en los mismos o similares términos; a título de ejemplo, pueden citarse las de 5 mayo 1966 (*Max Gutmann v. Comisión*), 21 junio 1984 (*Lux Charles v. Tribunal de Cuentas*), 11 julio 1990 (*SA Sermes contra Directeur des services des douanes de Estrasburgo*), 5 octubre 1994 (*Antonio Cirspoltoni v. Fattoria Autonoma Tabacchi*), 22 noviembre 2001 (*Países Bajos v. Consejo*), 10 marzo 2005 (*España v. Consejo*), 10 mayo 2005 (*Italia v. Comisión*), 7 septiembre 2006 (*España v. Consejo*), 27 noviembre 2007 (*Athanasios Pitsiorias contra Banco Central Europeo —BCE— y otros*), 1 julio 2008 (*Compagnie maritime belge S.A. v. Comisión*), (sentencia del Tribunal General —STG— de) 16 junio 2011 (*Team Relocations v. Comisión*), 16 noviembre 2011 (*Bank Mellí Iran v. Consejo*) y 14 diciembre 2011 (*Caso Nycomed Danmark v. Agencia Europea de Medicamentos*).

²⁸ La referencia a los «finés alegados» es algo más que una expresión que se repite hasta la saciedad en la definición comunitaria de desviación de poder. Así, por ejemplo, en la STG de 16 de junio de 2011 (*Team Relocations v. Comisión*), en el § 170, se explica que «las de-

de lo que se sucede en las jurisprudencias estatales, el TJ nunca va a reflexionar sobre cuáles son los fines específicamente previstos para el uso de la potestad en cuestión; ese aspecto no es relevante a efectos de determinar a efectos comunitarios la existencia o no de desviación de poder. Lo que sí va a ser relevante para el TJ es que el fin que se persiga coincida con el expresado por la institución que actúa y que tal fin —sea cual sea— responda al interés comunitario. En otras palabras, hay desde las primeras resoluciones del TJ en la materia una marcada tendencia a la consideración del elemento moral para apreciar la existencia del vicio legal, o, lo que es lo mismo, que la justicia comunitaria tiende a apreciar que no existe desviación de poder si lo que se persigue es un confesado fin comunitario²⁹. Pueden ofrecerse varios ejemplos.

Es el caso de la STPI de 6 de diciembre de 2001 (*Area Cova y otros v. Comisión y Consejo de la Unión Europea*). El asunto era el siguiente. En 1978, la entonces denominada Comunidad Económica Europea y más de una decena de Estados europeos, asiáticos (Japón) y americanos (entre ellos Canadá) firmaron el *Convenio sobre Futura Cooperación Multilateral en los Caladeros del Atlántico Noroccidental* (conocido habitualmente por el acrónimo NAFO) con la finalidad de gestionar la explotación y la conservación de los recursos pesqueros de esa zona oceánica. En aplicación del NAFO, cada año se fija el total de capturas de determinadas especies animales y se distribuye la cuota correspondiente entre los sujetos firmantes; una vez determinada la cuota que le corresponde a la Unión Europea, las instituciones comunitarias distribuyen cuotas entre los Estados miembros, sin que ese reparto interno tenga nada que ver con el NAFO. Pues bien, en 2004, la Comisión de Caladeros de la NAFO estableció —por primera vez— para las subzonas 2 y 3 del Atlántico noroccidental límites a las capturas de fletán negro: como máximo, 27.000 toneladas, de las cuales solo 3.400 correspondían a la Unión Europea. La diplomacia comunitaria formuló el 3 de marzo de 1995 —conforme a las previsiones a tales efectos del Tratado NAFO— una objeción por el bajo volumen total de capturas asignado (pues la Unión Europea era, con mucho, la mayor explotadora del recurso), y el 6 de abril de 1995 aprobó el Reglamento (CE) 850/95,

mandantes no afirman en el presente caso que la Comisión les haya impuesto la multa con la finalidad de alcanzar *finés distintos de los manifestados*, a saber, aplicar el Derecho comunitario de la competencia (...). Por consiguiente, la Decisión no incurre en desviación de poder».

²⁹ A diferencia de lo que sucede en las jurisprudencias nacionales, donde en líneas generales la «desviación hacia fines públicos, pero diferentes a aquel que señala el ordenamiento jurídico» no impide apreciar la existencia de desviación de poder; al respecto, en España, cfr. C. CHINCHILLA MARÍN (2004: 168 ss.); y en los países europeos estudiados, véanse las páginas citadas dedicadas a la desviación de poder en J. M. AUBY y M. FROMONT (1971).

por el que establecía unilateralmente una cuota comunitaria de capturas de fletán negro en las subzonas 2 y 3 de 18.630 toneladas (15.360 más que las aprobadas para la Comunidad Europea por la Comisión de Caladeros de la NAFO), sin perjuicio de respetar la cuota de 27.000 impuesta desde el NAFO, es decir, que una vez que las capturas de todos los firmantes en tales caladeros alcanzaran las 27.000 toneladas, los pesqueros comunitarios dejarían de faenar, aunque no hubieran llegado al límite de 18.360 toneladas. En tal contexto geográfico, económico y jurídico internacional surgieron problemas en las relaciones comerciales y diplomáticas entre la Unión Europea y Canadá, plasmados, entre otros sucesos, en varios incidentes en aguas internacionales acontecidos en los meses de marzo y abril de 1995, entre ellos el apresamiento por parte de patrulleras canadienses de un pesquero vigués, el *Estai*. Con la finalidad de zanjar dicho conflicto, el 20 de abril de 1995, Canadá y la Unión Europea firman un Acuerdo bilateral de pesca en el marco del Convenio NAFO, que a efectos comunitarios fue aprobado por Decisión 95/586/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995. De acuerdo con lo previsto en dicho Acuerdo bilateral, la Unión aprobó el Reglamento (CE) 1761/95, de 29 de junio de 1995, por el que se fijaba la cuota comunitaria en 5.013 toneladas (es decir, 1.613 toneladas más de lo inicialmente previsto por la Comisión de Caladeros de la NAFO, pero 13.617 toneladas menos de lo previsto meses atrás por el Reglamento 850/95). En aplicación de las previsiones del Reglamento 1761/95, una vez alcanzada la cuota prevista, el Reglamento 2565/95/CE, de 30 de octubre, impuso a los barcos de la Unión Europea el cese de capturas de fletán negro en las subzonas 2 y 3 del NAFO. Varios empresarios y asociaciones de empresarios, perjudicados por la reducción de la cuota respecto de las previsiones del Reglamento 850/95, abrieron ante el TPI acciones en defensa de sus intereses —todas ellas, a la postre, infructuosas—, en una de las cuales (un recurso de indemnización que se acaba resolviendo por la STPI de 6 de diciembre de 2001) alegan, entre otras circunstancias, desviación de poder, pues los demandantes consideran (§ 155 de la sentencia) que el Acuerdo bilateral con Canadá y el Reglamento 1761/95 «se adoptaron sobre la base de las competencias de la Comunidad en materia de política común de pesca para alcanzar objetivos completamente distintos, en particular, la normalización de las relaciones comerciales entre la Comunidad y Canadá». El Tribunal comienza descartando la existencia de desviación de poder en un § 157 que podría formar parte de la argumentación jurídica de cualquier sentencia de órganos contencioso-administrativos franceses, alemanes, italianos, holandeses, belgas, luxemburgueses o españoles:

«... los actos en cuestión se inscriben, por su forma, objeto y motivación, en el ámbito de la política común de pesca. Ciertamente, también tenían como objetivo poner fin al conflicto pesquero entre Canadá y la Comunidad y, por consiguiente, restablecer la paz en la zona de regulación y, como destaca acertadamente la Comisión, dicho objetivo se inscribe perfectamente en el ámbito de la política común de pesca».

Hasta aquí nada nuevo respecto de lo que conocemos de la desviación de poder en las legislaciones y jurisprudencia nacionales; pero es que, a continuación, el TPI añade —sin ser en principio necesario para la resolución del caso— un § 158 en el que va un poco más allá:

«Además, como añade certeramente la Comisión, aunque en el caso de autos hubiera perseguido incidentalmente y de manera accesoria objetivos que no pudieran enmarcarse directa y exclusivamente en la política común de pesca, como la normalización de las relaciones políticas o comerciales con Canadá, esta circunstancia no daría lugar a una desviación de poder. En efecto, el mantenimiento de buenas relaciones internacionales es legítimo en el marco de cualquier política comunitaria y, en cualquier caso, las diferentes políticas comunitarias no son compartimentos estancos, por lo que cuando las instituciones legislan en el ámbito de una política específica deben tener siempre en cuenta los efectos sobre el resto de la actividad comunitaria y, en especial, sobre el interés general».

Esto sí es una novedad relevante, pues el lógico resultado de este planteamiento que la Comisión hábilmente consigue introducir en la fundamentación jurídica de la sentencia es que solo puede haber desviación de poder si los fines perseguidos son ajenos a los de las políticas comunitarias.

No era la primera vez que eso sucedía pues, en la misma línea, puede también citarse la STPI de 17-11-1998 (*Gómez de Enterría y Sánchez v. Parlamento Europeo*,) confirmada en casación por la STJ de 13 de julio de 2000 (aunque sobre desviación de poder se discute solo en la instancia, no en sede casacional). En el § 62 de dicha resolución (§ 9 de la sentencia de casación), el TPI afirma que si la decisión controvertida no es contraria al interés del servicio no puede hablarse de desviación de poder.

Es cierto que son solo dos resoluciones del TPI y que en una de ellas el argumento es un *obiter dicta*, pero, en principio, la tendencia de la justicia comunitaria parece clara.

B) *¿Afecta a toda la actividad de todas las instituciones comunitarias?: una regla general afirmativa y una excepción*

Pese a que numerosas resoluciones del TJ hablan de desviación de poder como vicio propio de actos de «autoridades administrativas»³⁰, no parece que haya que dar a tal expresión ningún sentido restrictivo; de la propia jurisprudencia comunitaria y de la amplitud del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento parece desprenderse, en principio, que cualquier acto de naturaleza administrativa o legislativa de cualquier órgano comunitario es susceptible de incurrir en desviación de poder. Se trata esta de una regla general que precisa una aclaración, y que cuenta con una excepción.

La aclaración es que no hay ninguna duda de que los actos comunitarios de naturaleza administrativa o normativa pueden incurrir en desviación de poder (eso nunca se ha cuestionado), pero ¿y un acto de naturaleza judicial?; ¿puede un auto o una sentencia comunitarios incurrir en desviación de poder? La pregunta carece de interés respecto de las resoluciones judiciales no susceptibles de fiscalización, pero sí respecto de las del Tribunal General susceptibles de recurso de casación ante el TJ (art. 256.1 del Tratado del Funcionamiento) y respecto de las del Tribunal de Función Pública (único Tribunal especializado creado hasta el momento) susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal General (arts. 9 a 13 del Anexo I del Protocolo núm. 3 de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento). Y no se trata de meros planteamientos o supuestos de laboratorio, pues ya en alguna ocasión los recurrentes han invocado desviación de poder contra la resolución judicial comunitaria recurrida.

Es el caso, por ejemplo, resuelto en casación por la STJ de 21 de junio de 2001 (*Ferriera Lamifer SpA y otros v. Ferriera Acciaieria Casilian SpA*). En casación, los recurrentes alegan, entre otros vicios, una supuesta desviación de poder en la sentencia recurrida (§ 29); a ello se opone la Comisión por entender que «el Tribunal de Primera Instancia no puede cometer una violación de este tipo» (§ 31). Cuando el TJ examina esta alegación, si entendiera que un órgano comunitario con fun-

³⁰ V.gr., SSTJ de 24 abril 1996 (*Industrias Pesqueras Campos, S.A. y otros v. Comisión*), 10 mayo 2005 (*Italia v. Comisión*), 4 febrero 2009 (*Omya AG contra Comisión*) y 14 diciembre 2011 (*Nycomed Danmark v. Agencia Europea de Medicamentos*).

ciones judiciales no puede incurrir en desviación de poder, habría bastado con exponer tal argumento y desechar, sin más, el motivo; pero no es eso lo que hace, pues rechaza el motivo, sí, pero no porque el Tribunal de Primera Instancia no pueda en principio incurrir en desviación de poder —nada dice en tal sentido la sentencia—, sino porque el recurrente «no ha manifestado ante el Tribunal de Justicia los elementos de Derecho en los que se pueda basar su alegación de una supuesta desviación de poder»; ante esa falta de motivación o fundamentación del vicio alegado, la sentencia de casación rechaza el motivo «por cuanto el Tribunal no ha podido apreciar su procedencia» (§§ 35 y 36).

En definitiva, en la medida en que una resolución judicial del Tribunal General (antes TPI), del Tribunal de Función Pública o de otros tribunales especiales que se creen son actos de organismos comunitarios «destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros» —con lo que en principio parecen encajar en el amplio inciso final del primer párrafo del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento—, y en la medida en que, cuando ha tenido ocasión de decir lo contrario, el TJ no lo ha hecho, no parece que pueda descartarse a priori que una resolución judicial comunitaria susceptible de recurso de apelación o casación pueda ser declarada nula por haber incurrido en vicio de desviación de poder.

Todo lo anteriormente expuesto, en cuanto a la regla general. Pero, como se avanza en el título de este apartado, existe una excepción a la regla. Y esa excepción forjada por la jurisprudencia del TJ no es otra que la incoación por parte de la Comisión de *recursos por incumplimiento* frente a Estados miembros. Explico.

El artículo 258 del Tratado de la Unión Europea habilita a la Comisión a actuar de oficio contra Estados miembros cuando estime que han incumplido alguna de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados. En tal circunstancia, la Comisión, una vez incoado el procedimiento y oído el Estado, emitirá un «dictamen» y fijará un plazo para que el Estado en cuestión cumpla con su contenido; si el Estado no cumple en plazo, la Comisión podrá recurrir ante el TJ.

Pues bien, en varias ocasiones, los Estados perjudicados han invocado ante el TJ desviación de poder contra la decisión de la Comisión de incoar el recurso por incumplimiento, y a propósito de todos esos casos el TJ ha elaborado una jurisprudencia que da lugar a que —a diferencia de lo que sucede en el resto de ámbitos de actuación de las instituciones comunitarias— no es que sea difícil demostrar que la Comisión ha puesto en marcha esta facultad que le confieren los Tratados persiguiendo fines que no son los que debe, sino que es imposible, porque al TJ le resulta del todo indiferente cuáles sean las razones que mueven a la Comisión a poner en marcha tal mecanismo.

Como categóricamente afirma en la STJ de 6 octubre 2009 (*Comisión v. España*), en la que se había alegado por parte del Estado desviación de poder:

«la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés en ejercitar la acción ni indicar los motivos que la han llevado a interponer un recurso por incumplimiento».

¿Qué razón ofrece el TJ para eximir a la Comisión de dar ninguna explicación sobre sus motivos en estos casos? Pues una razón que más bien parece una petición de principio:

«es preciso recordar que, dada su función de *guardiana* del Tratado, la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe interponerse dicho procedimiento»³¹.

Por lo tanto, insisto, en la jurisprudencia del TJ, cuál sea la verdadera finalidad que persiga la Comisión a la hora de poner en marcha un recurso por incumplimiento es un dato totalmente irrelevante para determinar si tal actuación ha sido o no ilegal.

C) *Fundamentación y prueba*

La posible existencia de desviación de poder no basta con alegarla en abstracto; si la parte recurrente quiere que la justicia comunitaria examine si ha concurrido o no desviación de poder es necesario fundamentar, al menos mínimamente, las razones que justifican su invocación como vicio de legalidad; de lo contrario, tal alegación será desestimada³². No basta, en definitiva, con, en términos genéricos, «negar la existencia de interés comunitario»; hay que explicar y fundamentar las razones concretas que presuntamente concurren en el caso analizado³³.

³¹ Tres SSTJ de 5 noviembre 2002 (casos *Comisión v. Luxemburgo*, *Comisión v. Bélgica y Comisión v. Alemania*).

³² V.gr., SSTJ de 14 mayo 1998 (*Windpark Groothusen GmbH and Co. Betriebs KG v. Comisión*, § 53), 21 junio 2001 (*Ferriera Lamifer SpA y otros v. Ferriera Acciaieria Casilina SpA*, §§ 35-36) o 14 junio 2011 (*Sphere Time v. Oficina de Armonización del Mercado Interior y Punch SAS*, §§ 88-89).

³³ V.gr., STJ de 11 julio 1990 (*SA Sermes v. Directeur des services des douanes de Estrasburgo*) y SSTG de 13 septiembre 2010 (*KUKA Roboter v. Oficina de Armonización del Mercado Interior*) o 16 mayo 2011 (*Atlas Transport v. Oficina de Armonización del Mercado Interior - Atlas Air —ATLAS—*).

Lo expuesto, respecto de la fundamentación, pero ¿y respecto de la prueba?; ¿hasta dónde hay que llegar?; ¿es la justicia comunitaria tan flexible —en los planteamientos generales— como la jurisprudencia nacional, o exige ya de entrada plena prueba de la existencia del vicio?

La tónica general en la jurisprudencia comunitaria a este respecto viene a ser homologable a la de las jurisdicciones nacionales: ser razonablemente generosa en la fundamentación de las sentencias, pero no tanto a la hora de que la valoración de la prueba se refleje en fallos estimatorios de las pretensiones de los recurrentes³⁴. Lo más frecuente es que las sentencias comunitarias exijan con carácter general que el recurrente demuestre que la decisión impugnada fue adoptada con la finalidad exclusiva o determinante de alcanzar una finalidad distinta de la invocada «con indicios objetivos, oportunos y concordantes»³⁵.

Aunque también es posible encontrar algún supuesto aislado en el que puede interpretarse que se dificulta adicionalmente la prueba de la desviación de poder, bien porque la sentencia exige que los indicios sean objetivos, oportunos y «concluyentes» (§ 134 de la STJ de 7 mayo 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contra Consejo*), bien porque —con un criterio, en mi opinión, discutible— no se admite la práctica de una concreta y sencilla prueba documental (§§ 116 y 117 de la STJ de 6 marzo 2001, *Bernard Connolly v. Comisión*).

Al igual que sucede en las jurisprudencias nacionales, en la comunitaria, la motivación del acto es un elemento de primer orden para estimar la presencia o no de un vicio de legalidad (incluida la desviación de poder) en el ejercicio de potestades discrecionales, y, por tal circunstancia, el TJ reconoce un relevante valor probatorio a los considerandos del instrumento jurídico impugnado a los efectos de apreciar la eventual presencia de desviación de poder; señalando, por último, que en alguna ocasión el TJ —con buen sentido— ha destacado que para valorar la motivación del acto hay que referirse al «texto en su conjunto y no a un elemento aislado»³⁶.

³⁴ Como señalaba Clarence J. MANN en 1972, «*the judicial development of the détournement de pouvoir has been encouraged also by the problema of proof. Thus, while the détournement de pouvoir may correctly be termed the most powerfull ground of illegality, this is true only potentially. Despite many attemps, only rarely has an allegation on this ground been successful*» [Clarence J. MANN (1972), *The function of judicial decision in European economic integration*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, pág. 57]. En general, sobre la prueba de la desviación de poder en la justicia comunitaria, véase S. DENIS, M. FLAVIEN y D. RITIENG (2010: § 130, págs. 205-206).

³⁵ Véanse las resoluciones ya citadas en nota a pie de página respecto del concepto de desviación de poder en la jurisprudencia comunitaria.

³⁶ V.gr., el § 66 de la STJ de 5 mayo 1998 (*Gran Bretaña v. Comisión*) y el § 45 de la STJ de 5 mayo 1998 (*The Queen v. Ministry of Agricultura, Fisheries and Food, Commissioners of Cus*), ambas a propósito del problema de la encefalopatía espongiiforme bovina.

4. ¿Pueden los Estados miembros incurrir en desviación de poder?

Sí. Aunque ello no está dicho expresamente en los Tratados (donde, como se ha expuesto, la desviación de poder aparece como un mecanismo de control de la actividad de instituciones comunitarias), el TJ ha extendido la aplicación de ese vicio a Estados a propósito del recurso por incumplimiento.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 17 enero 1989 (*Comisión v. Grecia*), en la que la Comisión acusa a las autoridades helenas de incumplir el Reglamento 2261/84/CE, *por el que se adoptan las normas generales relativas a la concesión de la ayuda a la producción de aceite de oliva y a las organizaciones de productores*. Dicho Reglamento, entre otros aspectos, regulaba los requisitos a que debían atenerse las organizaciones de productores de aceite de oliva, y establecía que las autoridades nacionales «para garantizar el respeto de los objetivos contemplados en el presente reglamento (...) teniendo en cuenta los problemas específicos que puedan producirse en determinados Estados miembros (...) y tomando en consideración criterios suplementarios, podrán conceder, por un período transitorio de tres campañas a partir de la campaña 1984/1985, un reconocimiento provisional a las organizaciones de productores y a sus uniones que lo soliciten» (art. 20.2). Las autoridades griegas, mediante una Orden Ministerial de 25 de octubre de 2004, establecen esos «criterios suplementarios», pero la Comisión entiende que violan el Derecho comunitario pues su finalidad no es la prevista en el Reglamento 2261/1984, sino «limitar el reconocimiento a las asociaciones de cooperativas agrarias, cooperativas denominadas de segundo grado, y excluir, a priori y con carácter general, cualquier otro tipo de organización» (§ 7). La sentencia, en su § 11, reconoce en abstracto la posibilidad de que una autoridad nacional pueda incurrir en desviación de poder a los efectos del recurso de anulación, aunque al final el recurso es desestimado porque el Tribunal entiende que la Comisión no ha aportado elementos suficientes que prueben que la Orden Ministerial impugnada estaba teleológicamente viciada.

Otro caso similar tuvo también por protagonistas a la Comisión y a la República Helénica. En el año 1994, Grecia (amparándose en el artículo 224 de la entonces vigente redacción del Tratado CE) prohibió unilateralmente el comercio de productos con origen, procedencia o destino en la antigua República yugoslava de Macedonia a través del puerto de Tesalónica. La Comisión entendió que Grecia había incurrido en varias vulneraciones del Derecho comunitario, entre ellas desviación de poder, porque había utilizado esa facultad excepcional prevista en el Tra-

tado como mecanismo de presión en el conflicto entonces existente entre Grecia y Macedonia, y tal finalidad no era la prevista por el Derecho comunitario para el uso de ese mecanismo. La Comisión propuso como medida cautelar que Grecia suspendiera —en tanto en cuanto se resolvía el asunto principal— la aplicación de la prohibición impugnada. Y el Tribunal de Justicia, en su auto de 29 junio 1994 (asunto C-120/94 R), al estudiar si procedía o no la medida cautelar entendió que «en fase de procedimiento de medidas provisionales basta con declarar que los argumentos alegados por la Comisión parecen, a primera vista, lo bastante pertinentes y serios como para constituir un *fumus boni iuris* capaz de justificar la concesión de la medida provisional solicitada». Tanto el procedimiento incidental como el principal concluyeron sin consecuencias negativas para Grecia³⁷, pero lo relevante a los efectos de este estudio es que nuevamente nos encontramos con un caso en que la Comisión plantea la posibilidad de que un Estado haya vulnerado el Derecho comunitario incurriendo en desviación de poder, y el Tribunal de Justicia no solo no niega tal posibilidad, sino que entiende —sin entrar con detalle en el fondo del asunto— que la postura de la Comisión está en principio respaldada por el *fumus boni iuris*.

III. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce y garantiza una serie de derechos, algunos de ellos sin matiz expreso alguno³⁸, otros con «aclaraciones» que delimitan su alcance³⁹, y un tercer grupo con excepciones o restricciones que limitan el propio concepto del derecho o su ejercicio⁴⁰. Las limitaciones y excepciones previstas por el Convenio tienen su origen en el propio texto internacional, pero su plasmación concreta se encuentra en el Derecho interno de los Estados miembros⁴¹. Para incrementar las garantías de los ciudadanos frente a

³⁷ Al final, el auto descarta la adopción de medidas cautelares por otras causas. Posteriormente, en el año 1995, tras negociaciones bilaterales con Macedonia, Grecia levantó la prohibición cuestionada y, en consecuencia, la Comisión desistió de sus pretensiones ante el Tribunal de Justicia, quien mediante auto de 19 de marzo de 1996 ordenó el archivo de las actuaciones.

³⁸ V.gr., la prohibición de la tortura, en el artículo 2, o de la esclavitud, en el artículo 3.1.

³⁹ V.gr., el artículo 4.2 prohíbe los trabajos forzados u obligatorios y, a continuación el artículo 4.3 aclara cuatro situaciones que a los efectos del Tratado no se consideran trabajos forzados u obligatorios.

⁴⁰ V.gr., las excepciones del artículo 1.2 al derecho a la vida, o las del artículo 5.1 al derecho a la libertad y seguridad.

⁴¹ Así, por ejemplo, el artículo 1 reconoce a toda persona el derecho a la vida, pero se exceptúa de su alcance, entre otras, la muerte que sea consecuencia del uso de la fuerza para

eventuales excesos por parte de los poderes públicos en la fijación y ejercicio de las limitaciones (explícitas o implícitas)⁴² previstas en el Tratado, el artículo 17 positiviza como vicio el abuso de derecho y, a continuación, el artículo 18 establece lo siguiente:

«Art. 18. *Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos.*

Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas».

Este artículo —sin mentar expresamente el concepto, y como sin figuras es reconocido por la doctrina europea⁴³— supone la incorporación al sistema de garantías del Convenio del mecanismo de la desviación de poder y, en la medida en que se trata no de un derecho sino de una garantía de derechos, siempre debe ser invocado —al igual que otras garantías reconocidas en el Convenio— no de forma aislada, sino en relación con el derecho o derechos pretendidamente violentados⁴⁴.

En muchas de las ocasiones en que un recurrente ha invocado desviación de poder ante el TEDH, este ha podido ventilar el asunto sin ne-

reprimir una revuelta «de acuerdo con la ley»; todas las excepciones al derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5) tienen que producirse «con arreglo al procedimiento establecido por la ley»; la libertad de expresión (art. 10) no impide a los Estados establecer sistemas «de autorización previa»...

⁴² Como ha destacado la doctrina, junto a las abundantes limitaciones o restricciones explícitamente positivizadas en el Convenio, el TEDH ha deducido (añadido) algunas otras implícitas, como sucede, por ejemplo, con la «residencia» como criterio establecido por los legisladores nacionales para limitar el derecho al sufragio activo o pasivo. Sobre las restricciones o limitaciones implícitas en general, cfr. Sébastien VAN DROOGHENBROECK (2001), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, págs. 95 y ss. (§ 114 y ss.); en concreto sobre el ejemplo del derecho al sufragio, A. ÚBEDA DE TORRES (2007), *Democracia y derechos en Europa y América: un estudio de Derecho comparado*, Ed. Reus, Madrid, págs. 447 y ss.

⁴³ Así se reconoce de forma indiscutida por la doctrina europea y la española; valgan como representativas las citas de N. ANTONOPOULOS (1967), *La Jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. A. W. Sijthoff, Leiden, pág. 150; Sébastien VAN DROOGHENBROECK (2001: 96 y 182); Shirley LETURCO (2005), *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel Français et la Cour Européenne des droits de l'homme*, LGDJ, París, págs. 37-38; I. LAZCANO BROTONS (2004), «Limitación de la aplicación de las restricciones de los derechos», en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Aranzadi, Pamplona, pág. 592; D. BONDÍA GARCÍA (2008), «El sistema europeo de protección de los derechos humanos», en J. BONET PÉREZ y V. M. SÁNCHEZ (Dir.), *Los derechos humanos en el siglo XXI, continuidad y cambios*, Huyguens, Barcelona, pág. 227; A. ÚBEDA DE TORRES (2006: 400).

⁴⁴ S. LETURCO (2005: 37); E. LINDE (1983), «Los derechos protegidos», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, pág. 127.

cesidad de profundizar en el contenido del artículo 18 del Convenio por diversas razones, que van desde que una vez constatado que no hay violación del derecho principal se entiende que no procede analizar la garantía, hasta que al estimar el recurso por otras razones concurrentes se excusa el estudio de la existencia o no de desviación de poder⁴⁵.

Y en aquellos pocos supuestos en los que la Corte de Estrasburgo ha incluido en su fundamentación jurídica interpretación del artículo 18, el resultado que se deduce (en mi opinión, de forma acorde con el contenido del precepto) es un concepto más estrecho, riguroso y, en consecuencia, difícil de ser sustento de un fallo estimatorio que el antes examinado en la jurisprudencia comunitaria. Valga como ejemplo la STEDH de 5 febrero 2002 (*Conka v. Bélgica*), en cuyo § 37 se explica que pretender que en una actuación impugnada concurre desviación de poder «es una acusación grave» que «solo puede ser probada si la autoridad se moviera exclusivamente por razones ilícitas», lo que apunta hacia un concepto restrictivo de este vicio ceñido solo a la persecución de fines ilegales y exclusivamente en relación (como establece la literalidad del artículo 18) con las restricciones establecidas por los Estados al amparo de las propias previsiones del Convenio⁴⁶.

IV. CONCLUSIONES

1 La *desviación de poder*, concebida como un instrumento de control de la adecuación del uso de cada potestad pública a los fines específicos para los que está prevista, nace en Francia en la jurisprudencia del *Conseil d'État* del último tercio del siglo XIX, se expande primero a Alemania e Italia y, ya entrada la primera mitad del siglo XX, llega a otros Estados europeos como Bélgica, Holanda, Luxemburgo o España.

2. Cuando en los años cincuenta del siglo XX se firman los Tratados internacionales que son el origen de la moderna vertebración jurídica y cultural de Europa hasta nuestros días (el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Tratados fundacionales de las Comunida-

⁴⁵ V.gr., SSTEDH de 23 septiembre 1982 (*Sporrong y Lönnroth v. Suecia*, § 76), 18 diciembre 1986 (*Bozano v. Francia*, § 61) y 22 marzo 1995 (*Quin v. Francia*, §§ 57-59).

⁴⁶ «Certains y ont vu une précaution finalement inutile, qui n'ajoute pas grand-chose à la Convention européenne, hormis dire explicitement ce qui est soit implicite dans d'autres dispositions, soit ce qui pourrait ailleurs être jugé bien établi d'après les principes de droit international généralement reconnus (...) De plus, l'article 18 conditionne, dans une mesure limitée, la régularité d'une restriction autorisée. Ayant été conçu pour protéger contre le détournement de pouvoir, il ne concerne que le but visé dans l'application concrète de la restriction et non celui recherché dans son institution» (S. LETURCO, 2005: 37).

des Europeas), la desviación de poder ya es un mecanismo asentado en el Derecho, la jurisprudencia y la doctrina del núcleo duro de los Estados que sustentan tales instituciones, lo que facilita desde el primer momento la incorporación de tal mecanismo de control al Derecho y la jurisprudencia de las nuevas instituciones europeas.

3. Por lo que respecta a la desviación de poder en el Derecho, la jurisprudencia y la práctica forense de la hoy denominada Unión Europea, es preciso destacar la presencia de elementos comunes con los Derechos, jurisprudencias y prácticas forenses nacionales:

- a) Carácter subsidiario o residual de la desviación de poder respecto de otros vicios de legalidad.
- b) Generosidad en la determinación jurisprudencial en abstracto de los requisitos para apreciar la concurrencia de desviación de poder, pero dificultades para conseguir en la instancia concretos fallos condenatorios fundados en tal vicio.
- c) Dificultades para conseguir por medio del recurso de casación una rectificación de los fallos recaídos en la instancia (sean desestimatorios —lo más frecuente— o estimatorios) por mor de los límites de la casación como recurso en cuanto a la valoración de la prueba.

4. Como rasgos específicos de la desviación de poder en la jurisprudencia de la Unión Europea pueden señalarse:

- a) Tendencia a ligar la desviación de poder solo a la consecución de fines ilegales.
- b) Es un vicio cuya concurrencia puede apreciarse en cualquier ámbito material (aunque donde más éxito ha alcanzado es en materia de personal) y respecto de cualquier manifestación de actividad de instituciones comunitarias (no solo actividad administrativa); a la vista del amplio alcance del inciso final del párrafo primero del artículo 263.1 del Tratado de Funcionamiento, y a la vista de algunos pronunciamientos del TJ, pueden sostenerse incluidas en esta última afirmación las resoluciones judiciales comunitarias susceptibles de impugnación ante el propio TJ.
- c) Como excepción a la regla general que se acaba de exponer, la jurisprudencia del TJ hace en la práctica inmunes a la desviación de poder las decisiones de la Comisión de incoar «recursos por incumplimiento».

- d) Al hilo de recursos por incumplimiento, el TJ también puede apreciar que los Estados miembros incurren en desviación de poder en la aplicación del Derecho comunitario.

5. El Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla en su artículo 18 la desviación de poder como vicio en que pueden incurrir los Estados firmantes a la hora de establecer o aplicar las restricciones (explícitas o implícitas) a los derechos y libertades que el propio Convenio reconoce. En este ámbito —al igual que en el comunitario— solo la persecución de fines ilícitos se considera desviación de poder, y una jurisprudencia del TEDH más restrictiva aún que la del resto de ámbitos jurisdiccionales estudiados determina que sea harto difícil que un fallo estimatorio se sustente en la concurrencia de este vicio.

6. La incorporación de la desviación de poder al arsenal de mecanismos de control de la actividad pública —tanto en los Derechos internos nacionales, como en el Derecho comunitario, como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos— es, sin duda, un gran e irrenunciable paso al frente en la consolidación del principio de legalidad y de las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos; ahora bien, hay que ser conscientes de sus limitaciones, pues se trata de un mecanismo más eficaz a priori que a posteriori; en otras palabras, es más útil como factor preventivo o disuasorio que como mecanismo corrector de ilegalidades ya producidas.

