

Principios de descentralización y desconcentración

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. DESCENTRALIZACION Y CENTRALIZACION EN LOS INICIADORES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3. LA PRIMERA DELIMITACION DOCTRINAL DE CONCEPTOS: POSADA HERRERA Y CARDENAS. 4. CENTRALIZACION Y FORMAS DE ESTADO: COLMEIRO Y HAURIOU. 5. DESCENTRALIZACION Y OTRAS TECNICAS DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES. LAS BASES DE LA DISTINCION. 6. DESCENTRALIZACION Y DESCONCENTRACION: FORMULACION TRADICIONAL EN LA MODERNA DOCTRINA ESPAÑOLA Y CRISIS. 7. LA VUELTA AL SENTIDO GENUINO: UN CONCEPTO MATERIAL Y REALISTA DE DESCENTRALIZACION. 8. UNA REFLEXION FINAL: DESCENTRALIZACION Y PERSONIFICACION PUBLICA.

1. INTRODUCCION

En la nueva y brillante etapa que ha iniciado DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA ha parecido conveniente dedicar un número monográfico sobre los principios constitucionales de organización administrativa que se consagran en el artículo 103 del Texto Fundamental. Se me ha pedido que abordase yo el estudio técnico-jurídico del principio de descentralización y desconcentración.

Hace ahora diecisiete años que dediqué a esta materia un amplio estudio, publicado inicialmente en un libro-homenaje (1) e incorporado después a una obra más amplia (2). De entonces acá ha pasado

(1) ARIÑO ORTIZ, G., *Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto*. Estudios homenaje al profesor López Rodó, Madrid, 1972, pp. 174 a 229.

(2) ARIÑO ORTIZ, G., *Descentralización y planificación*, IEAL, Madrid, 1973, 207 páginas.

mucha agua bajo los puentes. El Estado español ha hecho un largo camino, se ha mudado de arriba abajo, ha cambiado por completo su fisonomía, su estructura, las líneas inspiradoras de su actuación. Y, sin embargo —¡oh maravilla de los conceptos jurídicos!—, no hay mucho nuevo que decir sobre el principio de descentralización y desconcentración desde un punto de vista técnico-jurídico, que es el que aquí interesa.

Pues, obviamente, no se trata de hacer ahora un nuevo alegato como los que tantas veces hemos oído en estos años contra el «centralismo» de Madrid. Ni una disertación, más o menos retórica, sobre las bondades o maldades de los Estados compactos o sobre el modelos de Estado autonómico y sus ambigüedades, del que ha se ha escrito —así, en general— cuanto se puede escribir. Se trata más bien de volver a hacer Derecho, no política, ni sociología, ni historia de las ideas. Y en el análisis jurídico estamos como estábamos antes de que se desencadenase, a partir de 1978, esa oleada de estudios autonómicos en los que la palabra «descentralización» aparece utilizada en múltiples sentidos.

Unas veces se habla de centralización como sinónimo de centralismo político, de Estado unitario, fuertemente uniformado en su gobierno y en su Derecho; otras se contraponen la descentralización política a la descentralización administrativa, refiriendo la primera a la existencia de un verdadero poder legislativo diferenciado, y la segunda a la simple transferencia de competencias administrativa ejecutivas; con frecuencia se sigue distinguiendo entre descentralización territorial y descentralización funcional o por servicios, refiriendo la primera a las Corporaciones locales y la segunda a los organismos autónomos o a las Corporaciones de Derecho Público (profesionales o sectoriales). Y todo ello se explica dogmáticamente, sobre conceptos que todo el mundo usa, pero cuyo contenido está muy lejos de haber sido perfilado definitivamente; tales son los conceptos de autonomía, autogobierno, autarquía, «nacionalidades y regiones», administración directa o indirecta, jerarquía, tutela, distinción órgano-personas, etc.

Por si todo ello fuera poco, en muchas ocasiones la descentralización es esgrimida como bandera política en pro de la libertad, según el viejo argumento —no del todo correcto— de que la descentralización favorece la libertad. Esta equiparación descentralización-libertad no puede ser afirmada simplistamente. La complicada cuestión de la libertad, en su contenido actual, se consigue o se pierde por otros caminos, y no precisamente por la forma en que se configure la estructura orgánica del Estado (3).

(3) Ha sido un tópico afirmar que la descentralización favorece la libertad; ya COLMEIRO (*Derecho administrativo español*, cuarta edición, p. 26) señalaba que hay formas de gobierno que

Un estudio jurídico del principio de descentralización debe limpiarse, en la medida de lo posible, de la maraña política que a veces acompaña estos temas. Las críticas políticas o ideológicas deben quedar al margen en un estudio jurídico, aun cuando deba resaltarse el sentido político —medular— de la auténtica descentralización administrativa, que es éste: la participación de los gobernados en las tareas de gobierno, no en vía parlamentaria, sino en vía administrativa, a través de su inserción en las estructuras y centros de decisión de la Administración pública.

Finalmente, para acabar esta introducción, diré que la Constitución no ayuda tampoco grandemente cuando en su artículo 103.1 nos dice que «la Administración Pública actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, *descentralización*, desconcentración y coordinación...». La verdad es que, dicho así, puestos uno al lado de otro, todos estos principios serían sólo una declaración de buena voluntad más que una norma vinculante. Se citan cinco como se podrían haber citado otros tantos, sin la más mínima sistemática ni prevalencia entre ellos. Algunos son incompatibles entre sí (por ejemplo, jerarquía con descentralización), y otros, como la coordinación, nadie sabe en qué consiste (4). El principio de eficacia apunta más bien a un resultado

tienden a afirmar la idea de autoridad y otras la idea de libertad, «y de aquí las dos corrientes favorables a la centralización y descentralización». Ahora bien, esta equiparación, que ha sido repetida desde entonces muchas veces, es solamente tendencial y relativa, y además no siempre coincide. No debe olvidarse que la afirmación de la *libertad individual* en la Revolución y de la *unidad de la soberanía* es justamente la premisa y presupuesto ideológico que hará posible el proceso centralizador, al justificarse en ella la supresión de los cuerpos intermedios y los regímenes particulares de privilegios y exenciones que disfrutaban villas, gremios y ciudades. La *libertad individual* surge así históricamente de la mano de la centralización, y a costa de las *libertades locales*. Más aún, es justamente la protección de la libertad y los derechos individuales una de las razones que esgrimen para justificar la intervención y el control de los entes locales. «El Estado —repetía ORTIZ DE ZÚNIGA en 1841, con palabras de LISTA— tiene también necesidad de intervenir en las comunidades. ¿Por qué? Por una razón muy sencilla. En primer lugar, el Estado es el protector de todas las comunidades en general y de todos sus intereses; en segundo, tiene que cuidar de los intereses generales de la sociedad, de los intereses de las generaciones futuras y, sobre todo, de los derechos de los ciudadanos o particulares... ¿Deberían ser un obstáculo los ayuntamientos para que el poder central dispensara esta protección a los ciudadanos? No, por cierto; luego el Gobierno debe intervenir también en las localidades para *proteger a aquéllos*. ¿Contra quiénes? *Contra los ayuntamientos*, que muchas veces por un interés mal entendido oprimen y vejan a los particulares», ORTIZ DE ZÚNIGA, Manuel: *El libro de los alcaldes y de los ayuntamientos*, tomo I, Granada, 1841, pp. XXXVIII y ss. Ello explica la paradoja de que los procesos de centralización hayan estado inspirados en España por los liberales progresistas que al mismo tiempo que propugnaban la elección de los alcaldes, abolían las viejas libertades locales (naturalmente, estas libertades locales no eran sino la pantalla de oligarquías y caciquismos). También POSADA HERRERA denunció ese pretendido paralelismo entre descentralización y libertad: «La libertad —escribe— no tanto consiste en el derecho de elegir o ser elegido para los cargos públicos, cuando en el establecimiento de todas las condiciones necesarias para el libre desarrollo de las facultades individuales...; la descentralización —dice más adelante—, «reduciendo el ejercicio de la libertad al acto formulario de la elección, ha servido de instrumento a la tiranía local»: *Vid.* «Administración», en *Diccionario General de Política y Administración*, de SUÁREZ INCLÁN, Madrid, 1968, pp. 113 y 114.

(4) Esto ya lo señaló ALEJANDRO NIETO en un temprano comentario a este artículo: *La Administración Pública en la Constitución Española de 1978*, Conferencia en el Instituto Jurídico Español de Roma, 1982, pp. 85 y ss.

—obtención de unos fines al mínimo coste— y no conlleva regla alguna de tipo estructural. No es un principio organizativo, sino finalista. En cambio, jerarquía, descentralización y desconcentración aportan reglas de funcionamiento por sí mismos.

Ahora bien, la mera referencia acumulada que el texto constitucional hace a todos ellos significa que queda confiado al buen juicio del legislador (central o autónomo, puesto que es a este último a quien se otorga la potestad autoorganizativa de la Comunidad Autónoma) el apreciar en cada caso la proporción en que deben ser combinados los diferentes principios, la dosis que de cada uno de ellos que hay que aplicar en cada sector o a cada supuesto. Un principio muy general que parece inspirar el modelo organizativo de la Constitución (si es que tal cosa existe), sería el de la *máxima proximidad* del Gobierno —de cualquier gobierno— al ciudadano, el cual sería una consecuencia, en primer lugar, del Estado *democrático* de Derecho (art. 1.1 de la Constitución), del principio de autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2), del principio de los intereses respectivos (consagrado en el art. 137 y ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional) y de la garantía institucional de la autonomía local (art. 140), reiteradamente afirmada por la doctrina y la jurisprudencia.

Junto a él, otro criterio general de organización es el del *mínimo coste*. Pero tanto uno como otro tienen el contrapunto de la *unidad indisoluble* de la nación española (unidad de soberanía, unidad constitucional, unidad de Estado y, por tanto, supremacía de éste para la ordenación y gestión del interés nacional en su conjunto, por encima de cualquier otro fin o interés parcial).

Esto —y poco más— es lo que puede deducirse de la Constitución en cuanto a principios organizativos de las competencias públicas. Pero ello, con ser muy importante, no es mucho a la hora de dar contenido legal al principio de descentralización y desconcentración. Parece que, en principio, la Constitución no quiere una Administración centralizada, que no dé juego a las Administraciones menores, ni una Administración concentrada con escasa o nula actividad de los órganos periféricos. Tal es el mandato constitucional.

Para llevar a cabo dicho mandato se hace necesario determinar el contenido exacto de ambos conceptos, pues sólo así podremos establecer las técnicas y artificios organizativos que permitan conseguir tal resultado.

Dicho con otras palabras: hemos de preguntarnos en qué consiste exactamente la descentralización y/o la desconcentración y cuáles son los mecanismos a través de los cuales ambas se pueden instrumentar técnicamente.

Este es el objeto de las páginas que siguen. Para empezar, permítaseme recordar algo de lo que escribí hace unos años.

2. DESCENTRALIZACION Y CENTRALIZACION EN LOS INICIADORES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En un primer momento, tanto en Francia como en España los cantos a la centralización responderán a la exigencia de *unidad política y uniformidad legal* que proclama la Revolución: de los escritos de esta primera época se desprende la firme convicción de que es preciso someter a reglas uniformes, claras y generales, la variedad de situaciones, estados y derechos que afectan a los distintos lugares y ciudadanos; es preciso configurar un poder fuerte que someta a unidad y sistematización la multiforme realidad que ofrece el país. Y la centralización se entiende como ese vasto fenómeno que afecta a todos los aspectos del Estado y que tiende a conseguir en todos ellos la unidad: unidad en la Justicia, en el Ejército, en las finanzas y, por supuesto, en la Administración. Recordemos aquí los textos tan expresivos y conocidos de Cormenin, en los que describe los efectos políticos, unificadores, de la centralización.

Los primeros autores de Derecho administrativo presentan así la centralización como la exigencia necesaria de la Revolución, que reacciona frente al localismo y al particularismo que presidieron el Ancien Régime y que afecta a todos los aspectos de la vida del Estado. La centralización es un proceso total de unificación del Estado en todos los órdenes (5).

3. LA PRIMERA DELIMITACION DOCTRINAL DE CONCEPTOS: POSADA HERRERA Y CARDENAS

Fue POSADA HERRERA quien, por primera vez entre nosotros, formuló algunas distinciones entre el planteamiento político del tema de la centralización (que dice relación a la unidad del Estado, a la unidad de soberanía y no a la Administración) y lo que propiamente hay que entender por centralización (o descentralización) administrativa. POSADA distingue entre unidad y centralización. «Por unidad entiendo —dice— la igualdad de leyes y derechos de todos los ciudadanos de un país» (6). Ahora bien, «no se debe confundir la unidad con la centralización. La unidad, como hemos dicho antes, es la igualdad de leyes y derechos; la centralización es resolver todas las cuestiones que

(5) Los textos de Cormenin, Vivien, Aucoc, en Francia, o los de Toreno, Lista, Oliván, Silveira y Ortiz de Zúñiga, se recogen extensamente en mis trabajos citados, especialmente *Realidad y dogmática...*, pp. 189 a 193.

(6) POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, tomo I, Madrid, 1843, pp. 22 y 23.

pueden interesar a un país por el gobierno central, situado en la capital de la monarquía» (7). Así pues, la centralización afecta exclusivamente a la resolución de los *negocios administrativos* desde el centro, por lo órganos del poder central del Estado; es un problema de estructura de la Administración, pero no debe referirse sino impropia-mente a otros aspectos de la teoría del Estado o de la vida de la sociedad (leyes, impuestos, ejército, justicia), que escapan al ámbito de la Administración en el sentido estricto.

En opinión de POSADA, el más grave defecto de la centralización es «el poco conocimiento con que se resuelven muchos de los negocios que vienen a parar al poder central del país. Al alcance de todos está que hay multitud de asuntos y de cuestiones en la Administración que no pueden resolverse sin datos, noticias y antecedentes, por lo que el Gobierno se ve en la necesidad de decidir las creyendo en las palabras de las personas de quienes se ha informado. Es necesario, pues, pedir muchos informes, reunir grandes expedientes y después de esto todavía no suele haber las suficientes luces para resolver definitivamente y tiene que hacerse la más de las veces con poca seguridad y sin el suficiente conocimiento de causa. Nos quejamos, señores, de los muchos expedientes que se forman, de la multitud de trámites que se observan en cada negocio, pero es inútil quejarse; el mal está en otra parte: mientras las cuestiones no se resuelvan en el mismo lugar donde ha tenido su origen será imposible que puedan resolverse sin la formación de un expediente. Si se quiere ver un objeto a grandes distancia es necesario usar de un antejo, y será inútil que digamos que no queremos usarle, porque entonces no veremos. Así pues, si el Gobierno ha de ver a cierta distancia, será necesario que se sirva de los expedientes y que esos expedientes sean muy voluminosos, con lo que todavía no tendrá la instrucción necesaria para decidirlos» (POSADA, *loc. cit.*, p. 37). Y, por el contrario, la gran ventaja de la descentralización es que por este medio se consigue «que en el corazón de estos hombres nazca más afición a la patria y más amor a las instituciones. El hombre ama las instituciones que rigen en su país cuanto mayor es la influencia que por ellas puede tener en su Gobierno. Todos —dice— profesamos mucho afecto a la obra de nuestras manos y al Gobierno del que formamos alguna aunque pequeña parte, pero, por el contrario, sería imposible querer hacer que hombres que sólo sirven en el país para pagar una contribución del fruto de su trabajo puedan interesarse en sostener las instituciones que se han olvidado de ellos. Es, pues, necesario —concluye— dar a los hombres influencia en los negocios públicos y extender el círculo de las personas que pueden in-

(7) POSADA HERRERA, J., *op. cit.*, pp. 32-35.

fluir en ellos, ya para satisfacer su ambición, ya para hacer que tengan amor a aquellas instituciones bajo las cuales viven».

En idénticos términos a los de POSADA, el gran jurista e historiador Francisco de CÁRDENAS puso de manifiesto, en relación al tema de la unidad, cómo con ella «suele la misma centralización tan a menudo confundirse». La centralización, dice, «consiste en reunir en una sola autoridad un número crecido de atribuciones: la unidad consiste en que se ejerzan estas atribuciones de una manera uniforme y constante, sin distinción de lugar ni de tiempo, ya sea por una o ya por muchas autoridades. En un país en que no haya unidad en el orden moral, en el político, en el económico, en el administrativo ni en el judicial puede, sin embargo, una sola persona haber monopolizado el ejercicio de toda la autoridad pública, estableciendo así una gran centralización. En otro país donde haya gran unidad moral, política, legal y administrativa, puede tener la autoridad central pocas atribuciones por estar distribuida una gran parte del poder público entre muchas autoridades locales». Si bien es cierto, concluye, «que la unidad suele traer y allanar el camino a la centralización, y que la centralización, sostenida mucho tiempo, ha producido a veces cierta unidad» (8).

4. CENTRALIZACION Y FORMAS DE ESTADO: COLMEIRO Y HAURIOU

La doctrina administrativa más calificada ha sostenido siempre la conveniencia de establecer con claridad la distinción entre ambas realidades, que semánticamente a veces se confunden. La llamada centralización o descentralización política queda así referida a la forma de Estado (unitario, federal) y recoge el sentido primario, originario, que tuvo la centralización (el sentido de unidad política que hoy debe ser separado del concepto) (9), y éste queda referido exclusivamente a la estructura orgánica del Estado en sus justos límites: la descentraliza-

(8) CÁRDENAS, F., «De la centralización administrativa», en *El Derecho Moderno*, tomo IX (1850), pp. 199 y 200.

(9) COLMEIRO, M., *loc. cit.*: El Estado unitario —unidad de potestad para hacer las leyes y unidad de potestad, por el gobierno, para ordenar su ejecución— constituye la meta de la *centralización política*, la cual es «una protesta viva y permanente contra la dislocación del territorio y del gobierno durante la Edad Media, cuando el clero y la nobleza otorgaban fueros, acuñaban moneda, hacían la guerra, imponían tributos y administraban justicia, como es la negación de la antigua independencia municipal, cuando cada ciudad, villa o lugar constituía un estado dentro del estado con sus leyes propias, sus libertades privativas y sus magistrados populares. La centralización a la luz de la historia significa el triunfo del derecho común sobre el privilegio, del orden sobre la anarquía, de la autoridad representada en la monarquía sobre la dispersión de las fuerzas vivas de la sociedad que es el carácter distintivo del feudalismo». He aquí, pues, aislado y separado del significado técnico de la descentralización administrativa, este otro sentido político, que fue primario en el tiempo, pero que hoy no debe ser incluido dentro del concepto.

ción administrativa, escribe, «consiste en arrogarse el Gobierno todas o casi todas las facultades inherentes al poder de *ejecutar las leyes relativas a los intereses públicos*, desconociendo la vida propia de la provincia y del municipio o el derecho de intervenir en la Administración local las corporaciones municipales» (10).

En el mismo sentido, HAURIOU escribiría veinte años más tarde: «La centralización y la descentralización hacen referencia *solamente a la Administración...*: no hay más descentralización que la descentralización administrativa, ni más centralización que la centralización administrativa.» La pretendida descentralización política obedece a una confusión de planos, pues contempla al Estado en su unidad (en la totalidad de sus funciones), es decir, hace referencia a la idea de la unidad del Estado, opiniéndole a ella el federalismo; la descentralización administrativa, en cambio, no contempla al Estado en su unidad, sino en su diversidad orgánica y hace referencia únicamente a una función del Estado: la Administración. El salto e interferencia entre estos dos planos no trae sino confusión (11).

Pues, en efecto, escribiría HAURIOU, «un Estado puede ser “uno” y estar fuertemente descentralizado; en cambio, en un Estado federal es preciso distinguir: los servicios de cada uno de los estados o cantones que forman parte de la confederación pueden ser centralizados o descentralizados, eso depende de la Constitución particular de cada Estado miembro» (12).

La doctrina reciente (VEDEL, RIVERO) ha insistido en esta necesaria separación de cuestiones y en las diferencias esenciales entre descentralización y federalismo (13).

Esta clara distinción entre ambos fenómenos debe ser resaltada no obstante la tendencia que se observa en las exposiciones doctrinales a

(10) COLMERIO, M., *Derecho Administrativo*, p. 22.

(11) HAURIOU, M., *Etude sur la centralisation*, París, 1982, pp. 8 y 9.

(12) HAURIOU, M., *op. cit.*, p. 9. Un ejemplo histórico irrefutable de Estado no unitario y al mismo tiempo fuertemente centralizado en muchos sectores fue el de la Roma imperial, después de la organización diocleciano-constantiniana, que estableció una ordenación jerárquica y una categorización precisa de las funciones, «hecha —dice Momsen— de un modo tan completo y tan riguroso que, en comparación de ellas, todo lo que posteriormente se hizo en este orden no fue sino un mezquino trabajo de principiantes», MOMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, trad. esp., Madrid, s. f., pp. 608 y ss. Roma no fue nunca lo que hoy llamaríamos un Estado unitario, pero desde Diocleciano, junto a la variedad de estatus jurídico-políticos que revisten los diferentes reinos, provincias y ciudades del imperio, hay una férrea organización civil y militar que hace llegar el poder de Roma hasta los últimos rincones, a través de agentes delegados y subdelegados. El instrumento clave de esa centralización, que según Fustel de Coulanges se inicia con Augusto (año 27 a. de C.), fueron los gobernadores romanos enviados a las provincias, que desde ese momentos son colocados bajo la dependencia del poder central; *vid.* Fustel de COULANGES, *Histoire des institutions politiques polirtiques de l'ancienne France*, 1891, pp. 200 y ss.; cit. por AUCOC, L., *cit.*, pp. 12 y 13.

(13) Cfr. VEDEL, G., *Droit Administratif*, cuarta edición, p. 561; RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, 1970, p. 287.

situar el federalismo como el límite de un proceso descentralizador, como una especie de superdescentralización, lo cual puede ser conveniente desde un punto de vista didáctico y expositivo, pero señalando, como hace por lo demás la doctrina dominante (14), las esenciales *diferencias de naturaleza* (no puramente cuantitativas, de número o amplitud de los poderes transmitidos) que hay entre uno y otra (15).

En la moderna doctrina española, el primero que deslindó exactamente el contenido de la descentralización fue don Antonio ROYO VILLANOVA en un pequeño libro, muy poco conocido, que publicó en Zaragoza el año 1900: *La descentralización y el regionalismo (apuntes de la actualidad)*. En él, después de hablar del sentido impropio de la mal llamada *descentralización política* («la mayor o menor integración de la soberanía») o *descentralización social* («el mayor o menor grado de intervención en el cumplimiento de los fines sociales»), afirma: «Pero la descentralización en sentido estricto no se refiere a la dosis de integración política, ni al cuánto de injerencia social del Estado, sino a la manera como ha de realizarse la actividad administrativa y la distribución de la misma en sus diversos órganos» (subrayado, mío).

5. DESCENTRALIZACION Y OTRAS TECNICAS DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES. LAS BASES DE LA DISTINCION

Después de las anteriores precisiones, puede concluirse por de pronto que la centralización o descentralización no tiene nada que ver ni con la unidad política, ni con la unidad legal, ni con un mayor o menor grado de intervencionismo, sino que hace referencia al modo de *organizarse la acción administrativa* del Estado, entendido éste como *complejo organizativo*, integrado por una *diversidad de centros* de poder (16). La centralización hace referencia a un problema de estructura organizativa y de atribución independiente de competencias a los distintos centros o entes que componen la Administración pública (como concepto genérico). Y a nada más.

Ahora bien, hay que preguntarse a continuación: ¿cuáles han de ser las condiciones de esa estructura organizativa y de la consiguiente partición de competencias entre los diversos centros de actuación para

(14) Así, Waline, Rivero o Vedel, en Francia: Garrido Falla, Trevijano, Ferrando, en España.

(15) Un intento de asimilación —nada convincente, desde un punto de vista jurídico— en BOURJOL, M., *Les institutions régionales de 1789 á nos jours*, París, 1969, pp. 38 y ss.

(16) Esto es, con independencia de que esta acción alcance mayor o menor amplitud e intensidad en la vida social, con independencia de que se realice a un solo nivel (Estado unitario) o a dos niveles (federal y estatal), o en régimen de uniformidad o variedad legal.

que pueda hablarse de descentralización? ¿Qué condiciones legales han de reunir esos centros, cómo ha de operarse la transferencia de atribuciones, cuál ha de ser el tipo de competencia atribuida?

Referida así la centralización a su lugar y ámbito específico, se puede recordar cómo se ha configurado aquélla frente a las demás figuras o técnicas de reparto y transferencias de funciones. Tal es la cuestión a que debe responderse en este momento.

Son conocidas las respuestas clásicas que a las preguntas formuladas ha dado la doctrina que se ha ocupado de los problemas jurídicos de la organización administrativa (17). GONZÁLEZ NAVARRO sintetizó en su día las conclusiones a las que, hoy por hoy, puede llegarse en la materia (18). Partiendo del artículo 4.º LPA, que consagra el principio de la irrenunciabilidad de la competencia, distingue en primer lugar entre su titularidad y su ejercicio. La primera sólo puede ser atribuida por norma (el titular no puede, por sí mismo, traspasarla en cuanto tal, pues es irrenunciable), con lo que en rigor más que una auténtica transferencia hay siempre una creación *ex novo*. La transferencia de ejercicio, en cambio, tiene lugar mediante acto administrativo, «en los casos previstos por las leyes» (esto es, con autorización previa por norma: art. 4.º LPA).

Sobre esta base, que encuentra un firme apoyo en nuestro Derecho positivo, se establece una primera diferencia entre las técnicas de la descentralización y desconcentración, por un lado, ya que en las primeras «transfiere» la titularidad misma de la competencia, y en las segundas solamente su ejercicio (bien sea en general, bien para un caso determinado) (19). Cabría también aducir que en las primeras se transfieren siempre competencias decisorias, mientras que en las segundas es pensable al menos la delegación o sustitución (menos claro resulta en la avocación) la transferencia pura y simple de la gestión (no de la decisión). En cualquier caso, es clara la diferente naturaleza entre las primeras y las segundas, con lo que el problema de deslinde queda referido en un segundo momento a la distinción entre descentralización y desconcentración.

(17) *Vid.*, entre otros, en la doctrina española, GARRIDO FALLA, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, especialmente en pp. 91 a 104; GARCÍA TREVIJANO, J. A., *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, pp. 185 y ss.; VALLINA VELARDE, J. L., «Transferencia de funciones administrativas», en *IEAL*, 1964; DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., «Las competencias compartidas y su articulación: los órdenes conjuntos y los expedientes mixtos. El Decreto de 6 de octubre de 1968, aprobatorio del Reglamento de las Centrales Lecheras», en *RAP*, núm. 53, mayo-agosto 1967, especialmente pp. 454-459; además de los manuales y tratados generales, entre ellos, especialmente, GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, pp. 403 y ss., 419 y ss. y 727 y ss.

(18) GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo*, edic. de la Escuela Nacional de Administración Pública, tomo II, pp. 171 y ss.

(19) En este sentido, GARCÍA TREVIJANO, J. A., *Principios*, cit., pp. 198-200.

6. DESCENTRALIZACION Y DESCONCENTRACION: FORMULACION TRADICIONAL EN LA MODERNA DOCTRINA ESPAÑOLA Y SU CRISIS

La configuración del concepto de descentralización se realizó tradicionalmente por la doctrina sobre la distinción órgano-persona. La descentralización se definía como la transferencia de funciones o competencias de la persona jurídica estatal a las demás personas jurídico-públicas, territoriales o institucionales, mientras que por desconcentración se entendía la transferencia de funciones o competencias entre órganos dentro de una misma persona jurídica. Esta es, en esquema, la formulación clásica contruida sobre un concepto —el de persona jurídica— que distaba mucho de ser una sólida base. La crisis del concepto arrastró consigo tal formulación, como vamos a ver.

Fue GARRIDO FALLA quien, en la moderna doctrina, abordó de un modo frontal el tema de la descentralización, tratando de deslindar el sistema de conceptos sobre los que ésta se apoyaba (hasta entonces har-to confusos). Su propósito fundamental fue fijar el contenido técnico-jurídico de la descentralización administrativa. GARRIDO hizo un análisis detallado de las distintas posiciones doctrinales formuladas hasta entonces y trató de ceñir su estudio al aspecto estrictamente jurídico del problema. Es por todos conocida la tesis de su libro: el concepto de descentralización queda referido para él, de un lado, a la *atribución de competencia* («medida de la potestad que pertenece a cada órgano», según la definición de D'ALESSIO), y de otro, a la existencia de *personas jurídicas* (como sujetos de imputación jurídica) distintas del Estado; una Administración será centralizada cuando predomine la atribución de fines a la competencia de personas jurídicas distintas del Estado (20). Desde un punto de vista dinámico, la descentralización consiste en la traslación por obra de la ley de competencias de la Administración directa (integrada por los órganos del Estado unidos entre sí por jerarquía) a la Administración indirecta (integrada por las personas jurídicas distintas del Estado, ya sean territoriales o institucionales, vinculadas a éste únicamente por una relación de tutela) (21).

La idea central, en esta formulación, es la noción de *personalidad jurídica*, que se convierte en la pieza clave del sistema (22). En base a ella, se distingue la descentralización territorial (referida a las Admi-

(20) GARRIDO FALLA, F., *Administración indirecta...*, pp. 98 a 101.

(21) GARRIDO FALLA, F., *Administración indirecta...*, cit., p. 103. Posteriormente, en *La centralización administrativa*, Costa Rica, 1967, si bien matizando en algunos puntos las afirmaciones de 1950, reitera plenamente su tesis de fondo.

(22) GARRIDO FALLA, F., *La descentralización administrativa*, p. 7: «Lo característico de estos entes es que gozan de personalidad jurídica.»

nistraciones locales) y la descentralización funcional (institucional o corporativa) (23).

La obra de GARRIDO, en este punto, tuvo una gran influencia sobre los autores españoles. ENTRENA, VALLINA, BAENA, GONZÁLEZ NAVARRO y, en general, el resto de la doctrina aceptaron tal formulación, que llegó a ser una verdadera *communis opinio* doctrinal (24).

Y el propio GARCÍA TREVIJANO, al que seguirá después MARTÍN MATEO (25), que trataron de ofrecer un concepto material y más realista (no puramente formal, como el de GARRIDO), aceptaron la construcción técnica de éste. MARTÍN MATEO afirma expresamente: «La más depurada (doctrina) en cuanto a su rigor lógico y terminológico es sin duda la llevada a efecto por GARRIDO FALLA, a la que nos remitimos.»

(23) GARRIDO FALLA, F., *La Administración indirecta...*, cit., p. 121: «La descentralización funcional, que aumenta la actividad de la Administración indirecta del Estado, se realiza a favor de ciertas personas jurídicas de Derecho público de tipo institucional y que se caracterizan formalmente como fundaciones estatales.» Garrido refiere la descentralización funcional únicamente a la que se lleva a efecto a través de entidades de base fundacional, y distingue dentro de ella la que puede llamarse propiamente descentralización funcional (aquella en que el ente público se ha creado para el desarrollo de toda una función pública, por ejemplo, los Patronatos o Institutos Nacionales) de la descentralización por servicios en sentido estricto (aquella en que el ente se crea para la prestación de un servicio público concreto y determinado, por ejemplo FEVE o Canal de Isabel II, p. 135). Ahora bien, ningún inconveniente hay, a mi juicio, para hablar —dentro de este esquema— de un tercer género de descentralización: la descentralización corporativa, que se opera a través de las auténticas corporaciones, esto es, las personas jurídico-públicas de base asociativa (GARRIDO FALLA, *La descentralización administrativa*, p. 56, entiende que es problemático calificar de descentralización el fenómeno de las Corporaciones). Resumiendo: cabe hablar de tres tipos de descentralización que se corresponden con los tres tipos de personas jurídicas distintas del Estado que admite nuestro ordenamiento: descentralización territorial (entes locales), descentralización institucional (entes funcionales; organismos autónomos y otros entes públicos de base fundacional) y descentralización corporativa (entes públicos de base asociativa: cámaras, colegios, comunidades, etc.); así, VILLAR PALASÍ, J. L., *Apuntes...*, p. 105, y MARTÍN MATEO, «Municipalismo, descentralización y democracia», en REVL, núm. 157 (1968), págs. 62-63.

(24) Vid. ENTRENA CUESTA, R., *Introducción al estudio de las relaciones entre Administración Central y Administración Local*, tomo II, Madrid, 1962, p. 122. También, en las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, segunda edición, 1966, octava edición, 1983. También, con expresas y repetidas referencias a la obra de Garrido Falla, vid. VALLINA VELARDE, J. L., *Transferencia de funciones administrativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pp. 24-27. La nota de la personalidad jurídica como determinante de la descentralización es consagrada también por BAENA DEL ALCÁZAR desde su primer estudio sobre «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central», *Revista de Administración Pública*, núm. 44, pp. 59 y ss., especialmente pp. 80 y ss. y 104 y ss. Otros muchos podrían ser citados, como, por ejemplo, GUAITA, A., «Descentralización y autonomía», *Nuestro Tiempo*, 1967, pp. 395-410; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, pp. 171 y ss.

Incluso aquellos autores que han intentado llevar a cabo un análisis más realista y sustancial de la descentralización, como fueron GARCÍA TREVIJANO (*Principios jurídicos de la organización administrativa* y *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, 1967, pp. 444 y ss.) y MARTÍN MATEO («El horizonte de la descentralización, IEAL, Madrid, 1969), seguirán manteniendo como nota definitoria fundamental la existencia o no de personalidad jurídica, según se dice en el texto.

(25) El primero es un estudio importante: *Principios jurídicos de organización administrativa*, Madrid, 1957; el segundo, en su conocido libro *El horizonte de la descentralización*, Madrid, 1969.

Sin embargo, todo estaba basado en un concepto hartamente problemático en el Derecho público: el de personalidad jurídica. Por ello, cuando se someta a crítica rigurosa el «mito de la personalidad» y se reduzca ésta a sus justos límites, será obligada la reconsideración del concepto de descentralización. Esto es lo que modestamente contribuía a realizar con mi crítica a la «descentralización funcional o por servicios» y mi análisis sobre la falsa personalidad jurídica de los organismos autónomos (26).

Una tal concepción —escribí yo por entonces— no da razón alguna de la verdadera realidad de las cosas, sino, al contrario, la oculta. Ciertamente que la descentralización era, tradicionalmente, transferencia de persona a persona, pero con una característica: que las personas descentralizadas —es decir, las Administraciones Territoriales— *responden por su naturaleza al principio de elección* en todos sus cargos (si bien, en algunas épocas o en determinadas circunstancias, los alcaldes o los presidentes de Diputaciones más tarde, hayan sido designados por el poder central).

Ahora bien, la llamada descentralización funcional es algo bien distinto. Inicialmente, quiso configurarse, en lo posible, sobre un sistema de elección (de integración de fuerzas sociales) que aseguraban la *independencia de decisión respecto del Estado* (27). DUGUIT, en Francia, y ROYO VILLANOVA, en España, insistirán en este punto (28). La composición de sus órganos de gobierno y las características iniciales de algunos de estos entes —no de todos— (pensemos, por ejemplo, en el Instituto Nacional de Previsión, en su primitiva fórmula, o en la Junta de Ampliación de Estudios, o en la primitiva significación de las Confederaciones Hidrográficas), así como sus competencias (exclusivas) y su régimen patrimonial hará de ellos *centros con una real autonomía* (aunque siempre menos que su arquetipo: los entes locales) (29); llamar a ese fenómeno descentralización *podía ser correcto entonces*, y aun

(26) Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración institucional: mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Madrid, 1972.

(27) Justamente lo que se trataba de conseguir con los *établissements public* o con los «servicios descentralizados» era poner tales actividades al abrigo de las luchas políticas que los partidos ventilaban en el seno de la Administración centralizada, asegurando con ello una *independencia de juicio y decisión*.

(28) DUGUIT, L., *Les transformations de Droit public*, París, 1913, p. 47, y, sobre todo, en *La transformación del Estado*, trad. de A. Pósito, segunda edición española, Madrid, 1921, especialmente capítulo VI: la descentralización por servicios públicos, pp. 191 y ss.: «La forma de descentralización hacia la cual marchamos es completamente diferente. Se realiza poco a poco mediante la *organización corporativa de los funcionarios de un mismo servicio...*», «adquirirán poco a poco un papel de impulsor y de dirección del servicio público que les está confiado». ROYO VILLANOVA, A., *La nueva descentralización*, Valladolid, 1914, p. 34, y sobre todo en pág. 41 (sufrayado mío).

(29) Me remito a mi trabajo *La Administración institucional...*, cit., en el que se explica el molde dogmático en el que se basó (aunque quedó incumplido) la descentralización por servicios.

así exigía sus matizaciones, que la doctrina por lo demás trató de hacer (30).

Entre nosotros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, consecuente con las premisas de que parte (la independencia real del ente descentralizado en cuanto a la toma de decisiones), afirmará la *centralización de «las administraciones especiales»* (la influencia francesa es patente en esta expresión), ya que éstas «están sometidas en todo al poder central, bien de una manera inmediata, bien de una manera indirecta, por interposición de un tercero erigido en autoridad» (31).

Finalmente, el mismo ROYO VILLANOVA, aun aceptando tal calificación («descentralización» por servicios), insistirá en que el servicio descentralizado, para ser tal, «no depende del gobierno ni de la Administración local; es el que, aunque subordinado al poder del Estado, depende principalmente de sí mismo y *goza de una libertad que es enteramente suya y vive su vida*, la que él sabe crearse, *no la que le imponen desde fuera* ni el Gobierno ni una Corporación pública local (sea Diputación, sea Ayuntamiento)» (32).

7. LA VUELTA AL SENTIDO GENUINO: UN CONCEPTO MATERIAL Y REALISTA DE DESCENTRALIZACIÓN

La formulación técnico-jurídica del concepto de descentralización fue un meritorio intento de liberar a ésta de la ganga sociopolítica que continuamente le acompañaba. Ahora bien, el método jurídico no puede suponer desconectar los conceptos de la realidad, que es siempre política. Era preciso volver a orientar la explicación —esto es, la construcción jurídica— hacia los fines u objetivos que con ella se quieren conseguir. Y la realidad —política— puede expresarse así: toda descentralización trata de lograr la *traslación real de una parte del poder ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independientes* de aquél; el contenido de esa parte del poder que se transfiere es lo que llamamos «competencias administrati-

(30) Así, HAURIU nos dirá que «tous les établissements publics ont une personnalité, mais tous ne sont pas décentralisés»: *loc. cit.*, *passim*.

(31) FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Resumen de Derecho administrativo y de Ciencia de la Administración*, Murcia, 1920, pp. 288-289: en todas estas administraciones, «el personal le nombra, en general, el poder central, del cual también necesita autorización para llevar a cumplimiento efecto un cierto número de acuerdos». Sin embargo, más adelante, cuando habla de la descentralización, confunde en parte los conceptos, pasando a hablar indistintamente de descentralización, regionalismo, divisiones territoriales e incluso desconcentración, sin matizar los conceptos. Por lo que hace referencia a la descentralización por servicios, se limita a recoger la doctrina de Royo Villanova.

(32) ROYO VILLANOVA, *La nueva descentralización*, cit., pág. 41.

vas» (en ningún caso alcanza a la legislación o a la justicia); la transferencia se opera a través de una *partición de las competencias* (atribución de titularidad, no sólo de un ejercicio) entre los órganos o entes encuadrados en la organización general del Estado y otros entes distintos de aquél.

Esencialmente, la descentralización es la atribución por norma legal de facultades de *decisión independiente* en los asuntos que integran la acción administrativa, a autoridades o centros no encuadrados en la Administración del Estado. Lo cual supone que no hay descentralización más que cuando se dan estas condiciones:

1. Que la transferencia de potestad se realice a autoridades no sometidas jerárquicamente a las autoridades centrales del Estado (organización).

2. Que la atribución de potestad se haga de tal forma que el ente pueda decidir irrevocablemente, sin que estas decisiones sean, de ordinario, enmendadas por el Estado (33).

3. Que el ejercicio de esa potestad sea necesario (no pueda ser sustituido) e independiente (no pueda ser mediatizado, al menos jurídicamente).

4. Todo ello, salvo en los aspectos y casos —tasados— en que existe, legalmente establecidos, un poder de control por el Estado, en *garantía de la legalidad* de las actuaciones y —más excepcionalmente todavía— de una *ordenada y diligente gestión* (34).

Pues bien, lo que había que preguntarse es: ¿cuáles son las técnicas o mecanismos jurídico-administrativos que hacen posible este resultado? Para mí, éstos eran —y siguen siendo— los siguientes: primero, la designación o elección de la autoridad; segundo, la atribución de competencia específica (exclusiva o compartida), pero siempre de necesario ejercicio por el ente que la tiene atribuida, y tercero, el

(33) Señalada también por MARTÍN MATEO, R., *Municipalismo...*, p. 59.

(34) Respecto al elemento de tutela o poder de control, la doctrina lo suele entender como un elemento esencial de la descentralización administrativa, «elemento constitutivo del sistema, inherente a su esencia» en el sentido de que si éste no se diese estaríamos no ya ante una descentralización administrativa, sino ante un «plus» con relación a aquella: sería como un ejercicio parcial de la soberanía. Ahora bien, conviene advertir que esto es cierto si se considera el ente globalmente, en sí mismo y en su actuación total (un ente público sin relación alguna de subordinación al Estado supondría un desmembramiento de la soberanía), pero si consideramos sus actos aisladamente, este control del Estado no tiene por qué pertenecer a la Administración Central (Gobierno, poder ejecutivo), sino que puede ser atribuido a los órganos jurisdiccionales (Tribunales), como ocurre de hecho en muchos supuestos. No es cierto, por tanto, que la tutela o control constituya algo «esencial» a la descentralización: Cfr. EISSEMAN, Ch., *Cours de Droit Administratifs*, París, 1967. pp. 133 a 135 y 148-149. En cualquier caso, el alcance y extensión de los poderes de control del sistema, y es preciso delimitarlos exactamente para poder calificar o no a una administración como «descentralizada», *vid.* lo que se dice más adelante sobre este punto.

carácter ejecutivo de sus decisiones y el carácter estricto y tasado de los poderes de revisión y control (autorizaciones, aprobaciones, suspensiones, alzadas, etc.), que puedan integrar su situación de dependencia respecto de la organización central del Estado (35).

No nos resta ya sino hacer unas breves reflexiones sobre cada una de estas notas.

A) *Elección popular de la autoridad*

Es éste un presupuesto reiteradamente señalado por la doctrina clásica, en tanto en cuanto constituye una garantía de la *independencia real* del ente descentralizado. Las decisiones de éste en el ámbito de su competencia están directamente vinculadas por el poder de designación de los titulares del órgano de que se trate y de su eventual libre revocación.

Naturalmente, caben, en estos sistemas de designación, muchos matices: designación libre, designación a propuesta en terna, designación libre, pero con inamovilidad subsiguiente por un plazo legal dado, poder de veto, elección censitaria, elección libre. Todo ello, según el juego de fuerzas presente, da lugar a una mayor o menor independencia y a una mayor o menor descentralización. Caben también combinaciones de elección y designación combinadas en los distintos órganos que integran la Administración local o institucional. No quiero decir, por tanto, que si no hay elección pura en todos los órganos de decisión no se pueda hablar de descentralización si se dan los otros factores que veremos a continuación, pero es preciso reconocer que estará muy disminuida.

(35) La primera y la última fueron señaladas ya por HAURIU, M., *Etude sur la décentralisation*, París, 1892, pp. 9 y ss. *Omito conscientemente el dato de la personalidad* como elemento definitorio de la descentralización administrativa. Es ésta una cuestión distinta que no se plantea en este momento y que sólo es planteable con referencia inmediata a un ordenamiento jurídico concreto; aquí se trata más bien de señalar los criterios sustantivos que han de presidir un sistema de distribución de competencias y poderes para que éste pueda llamarse descentralizado. El tema de la personalidad hace más bien referencia a cuál sea la naturaleza jurídico-formal del centro soporte de esas competencias (órgano, organismo o servicio autónomo, persona jurídica, etcétera). En cualquier caso, para mí, indudable, que *no toda transferencia a persona es descentralizar*, aunque *si toda descentralización está, hoy por hoy, montada en nuestro ordenamiento sobre distintas personalidades*. Me remito a lo que se dice más adelante.

B) *Atribución de competencia: poder de decisión final y exclusiva*

Es otra clave de la descentralización: la forma en que esté atribuida la competencia. Según la clasificación formulada por la doctrina, las formas de atribución pueden ser las siguientes;

a) Competencia exclusiva: *cuando se atribuye a un solo órgano o entidad, sin admitir recurso de alzada contra sus acuerdos (exclusividad absoluta) o con posible revisión en vía de recurso (exclusividad relativa).*

b) Competencia compartida: aquella que se atribuye simultáneamente a varios órganos o entidades para ser ejercitadas *conjuntamente* por todos ellos.

c) Competencia alternativa: aquella que se atribuye en principio a un órgano o ente, pero con la posibilidad de su ejercicio alternativo *por otro distinto* en lugar de su titular originario, en determinados casos, ante circunstancias excepcionales previstas por la Ley (por adedecación, por avocación o por sustitución) o cuando el ente que la tiene atribuida como propia no la actúe.

d) Competencia indistinta: aquella que se atribuye a varios órganos o entidades, *cada una de las cuales puede ejercerla a título propio*, con carácter normal, por separado, en su totalidad (36).

Dejando a un lado el problema de la admisibilidad en sí misma, de las llamadas competencias indistintas (37), debe afirmarse que la *descentralización exige un sistema objetivo de distribución de competencias* sobre sectores más o menos amplios, que tengan *carácter exclusivo* y, excepcionalmente, *compartido*. La atribución de competencia alternativa supondrá un escaso grado de descentralización. La atribución de competencias indistintas suprime toda descentralización. Por lo demás, ya hemos dicho que ésta supone siempre la atribución de titularidad de la competencia. Respecto a la *delegación del ejercicio*, o la *facultad de propuesta o informe*, conviene advertir que éstas en ningún caso suponen descentralizar. Rigurosamente hablando, la centralización o *descentralización hace referencia al poder de decisión* —y deci-

(36) Manifestaciones de estos diferentes tipos de competencia en nuestra administración local pueden verse en ENTRENA, *loc. cit.* En la administración institucional son frecuentes los supuestos en que la Administración centralizada retiene la competencia total sobre la materia «bien porque un órgano de la Administración que tenga sustancialmente la misma competencia, bien porque expresamente se haya reservado la competencia al Ministerio al que está adscrito el ente en las disposiciones fundacionales de este último».

(37) ¿Es pensable que se den tales competencias en un ordenamiento jurídicamente correcto? ¿La competencia *stricto sensu*, a favor de un órgano o ente, excluye por principio a los demás salvo las situaciones de excepción previstas por la Ley? Otra cosa es la afirmación de una capacidad general sin atribución específica de competencia.

sión final— sobre los asuntos, y no a su preparación previa o ejecución posterior.

C) Poder de control o tutela sobre el ente descentralizado

Hemos dicho que la descentralización consiste esencialmente en la titularidad por parte de los entes locales de un poder de decisión libre, irrevocable, independiente, que no puede ser sustituido ni mediado en su actuación singular por la autoridad de la Administración central (aunque sí enmarcado jurídicamente por la Ley y los programas de gobierno).

Conviene, por otro lado, distinguir entre los poderes de control sobre los actos y los poderes «sobre las personas». Dejemos a un lado estos últimos, a los que ya hemos aludido (38) y recordemos que los poderes de control sobre los actos pueden ser de un doble tipo: *a*) pueden tener como causa y fin de su actuación el mantenimiento del orden jurídico (*control de legalidad*, esto es, aquel que tiende exclusivamente a asegurar la regularidad jurídica de las decisiones o proyectos de decisión), o *b*) pueden estar determinados por motivos de orden político o económico, por razones de carácter moral o por criterios técnicos (*control de oportunidad*, que tiende a conseguir una decisión no sólo legal, sino la más conveniente a juicio del órgano que la controla). Estos dos tipos de potestad son de naturaleza esencialmente diferente: el primero es un poder absolutamente reglado, vinculado al Derecho (lo que la doctrina francesa llama *un pouvoir lié* o *une compétence liée*); el segundo es un poder no reglado, discrecional, libre (39).

Pues bien, en base a estas premisas, puede concluirse que atentan claramente contra la descentralización:

(38) El control sobre las personas está directamente vinculado al sistema de designación (*vid. lo que se dice supra* en el texto). Digamos ahora únicamente que, en principio, la descentralización exige *ausencia de poderes sobre las personas*, salvo en casos excepcionales de sanciones disciplinarias por causas graves y tasadas (delitos, incapacidad, incompetencia manifiesta, graves negligencias, etc.); cfr. EISENMANN, Ch., *Cours...*, cit., pp. 140 y ss.: «l'idée de décentralisation n'exclut nullement l'attribution à l'autorité centrale du pouvoir de décider des sanctions disciplinaires contre les autorités locales, d'une façon générale; elle exclut simplement que ces décisions disciplinaires puissent sanctionner la désobéissance à des ordres ou injonctions que l'autorité locale»; excluye, pues, la potestad de revocación no disciplinaria, pero no la posible existencia de «poderes de revocación por cuasas rigurosamente definidas en la ley con una precisión que no deje lugar a apreciaciones subjetivas, pues ello no supone la menor dependencia personal», ya que en estos casos —concluye Eisenmann— «c'est la loi que révoque», *op. cit.*, p. 115. En conclusión, la *descentralización excluye todo poder discrecional sobre las personas* (ya sea en su nombramiento, revocación, sanciones o toma de decisiones).

(39) EISENMANN, Ch., *Cours...*, cit., págs. 145 y 146.

1. Aquellas técnicas de control que suponen de hecho una *reserva de decisión* a favor del Estado (u otro ente de control), como ocurre en los llamados procedimientos bifásicos (40).

2. Aquellas que entrañan una relación de jerarquía, como ocurre en algunos supuestos de autorizaciones, aprobaciones o poderes, de anulación de actos en que la amplitud del control que se otorga al ente tutor es tal que supone, en el fondo, una vinculación jerárquica, y con ello un *poder de sustitución de la decisión*.

Reserva de decisión y jerarquía son dos conceptos que excluyen toda descentralización. Y nótese bien que, contra lo que suele decirse, no es cierto que la relación de jerarquía no quepa entre personas jurídicas. De hecho, esa relación es frecuente entre la Administración central y los organismos autónomos, y en determinados relaciones y aspectos, también entre la Administración del Estado y entre las Administraciones locales, e incluso entre la Administración y las corporaciones (41).

No supone, en cambio, atentado directo a un régimen de descentralización el ejercicio de *pouvoirs liés*, esto es, poderes de control de la regularidad jurídica, absolutamente vinculantes tanto para el órgano que controla como para el controlado, en los que no cabe apreciación discrecional alguna, y en los que, por tanto, no se produce ninguna inmisión ni sustitución en la decisión; el poder de decisión queda intacto en manos del ente local, sin que la autoridad central participe en él, ya que en estos casos ésta se limita —en frase de EISENMANN— a *ser gardienne et sanctionnatrice de la légalité...*, esto es, «sanciona la subordinación de la autoridad local, no al poder ejecutivo central, sino a la ley, al legislador» (42).

(40) Vid. GARCÍA TREVIANO, A., «Autonomía municipal: aprobaciones y procedimientos bifásicos...», en *Revista de Derecho Privado*, tomo 50, 1966, p. 754. Llama este autor procedimientos bifásicos, *con resolución única estatal*, a todos aquellos casos en que no hay aprobación posterior de un acto válido, sino un simple proyecto, petición o propuesta de los entes locales que «da origen a la continuación de un trámite, sirviendo de palanca excitadora de un resultado que queda en manos del Estado, en cuanto a su misma existencia, validez y eficacia». Entiendo que tales supuestos no consituyen en rigor manifestaciones de tutela ni suponen descentralización alguna, ya que el *poder de decisión* (con control absoluto de la misma en cuanto a su conveniencia) queda en manos del Estado, aunque a las Corporaciones locales les corresponda en unos casos la iniciativa, propuesta informe, preparación, etc.

(41) Sobre este tema, en general, me remito a lo que escribí como prólogo a la segunda edición de mi *Administración institucional*, con el título «Jerarquía y tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado», Madrid, 1974.

(42) *Cours...*, cit., pp. 147 y 148. Para asegurar la no extralimitación de tales poderes, es preciso, además, que las apreciaciones de ilegalidad del órgano de control sean justificables, esto es, revisables ante una jurisdicción imparcial, pues de lo contrario aquél puede tratar de imponer su voluntad personal al ente descentralizado, amparándose en una pretendida defensa de la ley. EISENMANN, Ch., *op. cit.*, p. 149.

En cambio, si los poderes de control se configuran de tal manera que inciden no sólo sobre la legalidad, sino también sobre la oportunidad de los actos, y si recae sobre todos o sobre la gran masa de actos del ente descentralizado, entonces la descentralización desaparece, pues la relación entre el Estado (u otro ente tutor) y el ente menor queda convertida en una relación de jerarquía (43).

D) *Descentralización y alzadas*

Dogmáticamente, la descentralización supone la exclusión de las alzadas, pues éstas se dan siempre en línea jerárquica (44) y justamente aquéllas que excluye a ésta, como hemos dicho. Por ello, dice TREVILIANO, cuando se ha pretendido «una verdadera descentralización autonómica (estatutos municipal y provincial), lo que se busca, ante todo, es suprimir el sistema de alzadas que podemos decir imprime carácter al régimen local español del siglo XIX» (45).

Se ha planteado doctrinalmente la cuestión de si un recurso de alzada limitado a control de legalidad sería o no compatible con la descentralización. Hay casos —se dice— en que la alzada no implica poder jerárquico, sino que responde a una relación de supremacía (recursos de determinadas materias ante el Consejo de Ministros contra resoluciones ministeriales) o bien a una relación de jerarquía impropia (recursos contra actos de los organismo autónomos), o bien a una relación de tutela (supuesto de las Corporaciones Locales); en rigor —se dice—, no se debe hablar en estos casos de alzadas, sin más, sino de «alzada-súpblica» (en el primero) o de «alzadas impropias» (en los otros dos).

(43) Estos límites han sido señalados por GARCÍA TREVILIANO, *La autonomía municipal...*, cit., p. 750: «Cuando el control se limita a la legalidad y no es completo, tendremos un régimen descentralizado y autónomo, aunque sometido al estado.» La técnica de la aprobación, concluye, «se mantiene respetuosa con la autonomía y la autarquía siempre que se limite a controlar la legalidad, la técnica y las condiciones de policía general (sin utilizar éstas para incidir en la oportunidad); por el contrario, constituye un atentado a aquellas ideas el control indiscriminado en extensión, examinando la conveniencia y la oportunidad, porque en este caso *es el Estado quien administra los intereses locales*», ob. cit., pp. 774 y 775. En el primer caso, la aprobación no supone una traslación de competencia, sino una atribución compartida, con necesario ejercicio conjunto; el segundo encierra en el fondo una reserva de decisión.

(44) La afirmación de que la alzada es una consecuencia de la jerarquía es general. Serrano Guirado, Boquera, González Pérez, García Trevijano y Baena (citando a todos ellos) así lo afirman. Tal es también la clara expresión del artículo 122 LPA («Ante el superior jerárquico»); *vid.*, por todos, BAENA, *Los entes...*, p. 107.

(45) GARCÍA TREVILIANO, J. A., *La autonomía municipal...*, cit., p. 749. Cfr. el testimonio de Adolfo POSADA. *Evolución legislativa del Régimen Local de España*, Madrid, 1910, pp. 361-362. Como es sabido, los Estatutos municipal y provincial, defensores de la autonomía, suprimirán las alzadas contra los entes locales en cuanto tales. Todo este tema, ampliamente, en GARCÍA TREVILIANO, «Articulación Estado-entes locales», en *REVL*, núm. 152, mayo-junio 1967, pp. 321-344.

Aun cuando con anterioridad defendí yo mismo esta posibilidad, hoy, a la vista de la evolución legislativa de los últimos años, creo que hay que afirmar lo contrario. Aunque sea impropia, donde hay alzada hay un atentado a la autonomía de la decisión, hay una sumisión, hay sustitución de la decisión. Y por tanto, no hay descentralización.

Se aducirá que el órgano superior puede actuar, como decía HAURIUO, «a la manera de un juez», pero si de eso se trata, lo mejor es quitarle tal competencia al órgano administrativo de control y encomendarle dicha tarea directamente al juez, que es quien la tiene constitucionalmente atribuida: artículos 106.1 y 117 de la Constitución. Como también dijo HURIUO (46), «la décentralisation poussée à un certain degre, doit aboutir à la tutelle juridictionnelle». Esta ha sido la solución legal española después de la Constitución y hay que congratularse de ello.

8. UNA REFLEXION FINAL: DESCENTRALIZACION Y PERSONIFICACION PUBLICA

Tras lo que llevamos dicho, podemos preguntarnos: ¿sigue siendo necesaria la nota de la personificación de Derecho público en los entes descentralizados? ¿Cabría predicar la existencia de descentralización sobre personas privadas?

A la vista de nuestro ordenamiento jurídico es preciso reconocer que la descentralización supone la transferencia de la titularidad de los poderes a una persona jurídica distinta del Estado, y en segundo lugar, esta personificación tiene que ser de Derecho público.

Conviene advertir, con todo, que la vinculación de descentralización y personificación es el resultado de un proceso histórico-científico que se ha producido entre nosotros en los últimos cincuenta años y cuya validez es, desde luego, discutible; quiero decir que la nota de la «personalidad» (calificación jurídica formal de valor muy relativo) no nos ilustra demasiado sobre el significado y contenido sustantivo (que es político) de la descentralización.

Más aún, la afirmación inversa no es, en mi opinión, cierta: no toda transferencia de persona a persona —visto el uso de este concepto que ha hecho el legislador— es auténtica descentralización. Esto ya lo afirmaron, como se ha dicho páginas atrás, HAURIUO y BERTHÉLEMY, y el mismo ROYO VILLANOVA lo reconoció así. Lo ha reconocido también la literatura moderna. Lo que ocurre es que las llamadas «descentralización funcional» o «descentralización de servicios» constituye una terminología aceptada, si bien se aclara siempre que constituye una «es-

(46) *Etude...*, cit., pp. 52-53.

pecie» diferente del «género descentralización». Terminología que convendría ciertamente corregir.

Pues bien, aun aceptando que el concepto de descentralización se ajusta hoy, entre nosotros, a estos moldes dogmáticos, conviene insistir en que su significado profundo y genuino —especialmente hoy— es éste: el grado de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones por el poder público (se entiende por el poder gubernativo, dejando a un lado Legislación y Tribunales). Y ello, tanto si esa participación se realiza en el ámbito local (lo cual, indudablemente, es más viable y hacedero en tanto en cuanto los entes locales responden naturalmente al *principio de elección*), como si se realiza en las estructuras orgánicas de la Administración Central (lo cual es más difícil, pero no impensable); de hecho, es una fórmula buscada hoy en todo el mundo (47).

¿Y es pensable la descentralización a personas jurídico-privadas? ¿Supone verdadera descentralización la atribución de competencias públicas a las Corporaciones profesionales y económico-sectoriales?

En un planteamiento teórico, las transferencias de funciones y competencias del Estado a los entes públicos corporativos pueden configurarse, en teoría, de dos formas: como «descentralización» o como «delegación», según la relación, jerárquica o no jerárquica, a que las corporaciones quedan sometidas respecto del Gobierno en el ejercicio de esas funciones. En este punto está la piedra de toque para distinguir técnicamente una y otra modalidad de transferencia del poder administrativo (48).

Ahora bien, ocurre que la relación entre el Estado y las Corporaciones en *las competencias públicas que éstas ejercen ha sido hasta fecha reciente 1978, una relación jerárquica*. Cara al futuro, sería muy deseable que se configurase legalmente sobre ellas un supuesto de descentralización administrativa, especialmente para aquellas competencias que podría-

(47) He puesto de manifiesto en mi trabajo *Administración institucional: origen y personalidad* cómo la descentralización por servicios surge originariamente con ese designio de instrumentar la participación a través del *principio de representatividad social en los servicios*. Y tenemos en nuestro ordenamiento histórico un curioso precedente, que duró pocos años, de participación de los ciudadanos en las estructuras orgánicas de la Administración central (se trata del Decreto de 16 de octubre de 1901, que creó la Dirección General de Navegación e Industrias Marítimas, con un órgano de gobierno —la Junta Consultiva— integrado también por representantes elegidos por los interesados en el sector; se pretendía con ellos —escribe JORDANA, L., *Ensayo...*, p. 233— «que el centro realizará su misión por los mismos administrados»; *vid.* mi trabajo citado). Sobre este vasto y sugerente tema de «la participación», me remito a lo que he dejado escrito en ocasiones anteriores y singularmente en mi trabajo «Una reforma pendiente: participación», publicado en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 1978, núm. 3, pp. 259 a 272. El principio de representatividad social en los servicios estaba ya presente en el origen mismo de la Administración institucional, como expliqué en ocasión anterior.

(48) Cosa que tan difícil se le hace a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Vid.* la anbigüedad conceptual que nos ofrece en pp. 126 y ss., especialmente pp. 128-129, de su libro *Derecho administrativo, sindicatos*, Madrid, 1972.

mos denominar *propias*. Las corporaciones profesionales o económicas, a diferencia de los organismos autónomos, estatales, tienen una estructura asociativa que permite montar sobre la misma una verdadera autonomía (independencia funcional) semejante a la de las corporaciones locales. Y esto es lo deseable (49).

Esta es una de las razones —hay otras, todavía de más peso— que apoyan la conveniencia de calificar a las corporaciones como *entes de naturaleza pública* y no como personas jurídico-privadas, asimilables a las juntas de compensación, las asociaciones forestales, los grupos de exportadores o UNESA. Este es un error en el que incurre, a mi juicio, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (50), que le lleva a una forzada consecuencia, que es un segundo error: postular una descentralización de funciones y poderes administrativos a favor de particulares.

Cierto que su actuación administrativa sería igualmente posible aun cuando fuesen personas jurídicas de Derecho privado (justamente porque actúan como «delegados», y esto lo podrían hacer igualmente aunque fuesen sujetos privados), pero de ahí no se deriva, en modo alguno, que la calificación sea inútil o inoperante a otros efectos, porque en nuestro ordenamiento jurídico de ello penden consecuencias importantes en otros órdenes: en primer lugar, precisamente, la posibilidad de ser titulares de competencias en régimen de auténtica descentralización; en segundo lugar, los entes de Derecho Público se insertan siempre de alguna manera en el sistema institucional del Estado (no de la Administración), son los que WOLF llama «miembros de la organización estatal» con consecuencias en diferentes ramos (desde la participación en órganos consultivos a la aplicación de algunos principios jurídico-públicos de general validez: publicidad y control de su actuación); en tercer lugar, se diferencian por la obligatoriedad de su pertenencia a ellos, situación ésta que no se da nunca en las personas jurídicas de Derecho privado, tales como las simples asociaciones civiles, aunque sean de utilidad pública; en los supuestos de las modernas formas de autoadministración que suelen citar (grupos, juntas, cotos mineros, algunos consorcios, etc.), hay ciertamente algunos casos en que la pertenencia es obligatoria y tales entes son dotados de poder público, pero ello es una anomalía y la solución no está en la privatización de las corporaciones, sino en la publicación de todas aquellas que se impongan coactivamente al ciudadano.

En cuanto a la segunda cuestión —la hipotética descentralización a favor de los particulares—, entiendo que ello no es de recibo en el actual estado de la evolución de nuestro Derecho Público. Supondría,

(49) A la misma conclusión llega FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., ob. cit., pp. 129-130.

(50) En su libro *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, pp. 59 y ss.

de alguna manera, volver a situaciones propias del Antiguo Régimen, a los viejos «señoríos», a una destintegración de la unidad del poder y a la ruptura del Estado, que se vería así, de nuevo, privado de «jirones de la soberanía». Esta evidente confusión de situaciones, en la que ya incurrieron lo iniciadores del Derecho Administrativo (sería la famosa «excentralización» de OLIVÁN, entendida a la inversa), no puede repetirse hoy. Por ello, la doctrina, unánimemente, ha rechazado esa pretendida descentralización sobre entes privados (51).

Por otro lado, así se deduce del artículo 28.4.b) de la Ley de la Jurisdicción, que parece admitir únicamente en estos casos de ejercicio de competencias públicas por particulares, la figura de la «delegación». Justamente por ello (porque existe una relación de jerarquía), prohíbe a los particulares-delegados la impugnación de actos dictados por la Administración delegante. Lo contrario es lo que ocurre en los supuestos de descentralización, en que los entes descentralizados pueden siempre llevar ante los tribunales los actos de tutela que se ejerzan sobre ellos (52).

(51) *Vid.*, entre otros., GARCÍA TREVIJANO, J. A., *Tratado...*, cit., tomo II, pp. 437 y ss. En el mismo sentido, MARTÍN MATEO, R., *Municipalismo...*, cit., p. 59.

(52) Sorprende, en este sentido, la asimilación que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ hace entre ambas técnicas. Dice textualmente (p.129): «Con carácter general, no hay otras diferencias que las que se derivan de la diversa mecánica de la transferencia», una por norma y otro por acto, pero «las diferencias de contenido tan sólo son concretables caso por caso». Y en nota añade: «En último término, todo se reduce a la vocación de permanencia en el caso de la descentralización y a la menor estabilidad de la delegación». Sin embargo, ocurre justamente lo opuesto de lo que dice este autor: la diferencia esencial entre ambas modalidades está justamente en el contenido de la relación (en concreto, de los poderes de control y dirección) y no en la mecánica ni en la temporalidad de la transferencia (ambas pueden estar hechas por norma, como ocurre justamente en estos casos, y la historia reciente demuestra que han durado más estas delegaciones —caso de las Cámaras de Comercio o de las Comunidades de Regantes— que algunas transferencias descentralizadoras hechas sobre nuestros entes locales). Sobre este punto nos remitimos a lo que se escribe en el estudio introductorio a la segunda edición de mi libro sobre la Administración institucional con el título *La jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado*, Madrid, 1972.