

1992 y que viene generando cierta confusión entre el control de la seguridad y el control de la calidad, extendiéndose este confusionismo a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, sobre todo en lo relativo a la competencia para establecer el régimen jurídico de las entidades que intervienen en materia de seguridad.

Antes de adentrarse en el análisis de cada uno de los agentes que actualmente tienen a su cargo la seguridad industrial, IZQUIERDO CARRASCO se cuestiona si las tareas que ejercen los agentes privados en materia de industria pueden ser calificadas de «funciones públicas». Y ello porque la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de tales funciones conlleva transformaciones sustanciales para el Derecho administrativo. Una consecuencia de que las actuaciones de dichas entidades privadas se califiquen, al menos en parte, como ejercicio de una función pública es, precisamente, que «su régimen habrá de ser mixto, con reglas tanto de Derecho privado como de Derecho público».

En el último capítulo de la obra comentada se examinan de forma separada, atendiendo a las distintas funciones que tienen encomendadas, los agentes privados con funciones de ordenación, es decir, los Organismos de normalización; las entidades privadas que intervienen en la función de control del cumplimiento reglamentario, o sea, las denominadas generalmente «Entidades colaboradoras de la Administración», y, más en concreto, los Organismos de control; y, finalmente, las Entidades de acreditación.

Tanto AENOR, entidad española de normalización, como ENAC, entidad nacional de acreditación, son, a juicio del autor, «asociaciones privadas de configuración legal», si bien, por el papel jugado por la Administración en su creación y por la participación que mantiene en sus órganos de gobierno, ambas entidades pueden ser asimismo calificadas como «entidades privadas ficticias». Por lo que concierne a los Organismos de control, que a diferencia de las entidades anteriores pueden tener ánimo del lucro, se definen como «entidades privadas auténticas», excepto en el caso de aquellos Organismos de ca-

rácter público.

Especialmente interesantes son las consideraciones que realiza en torno a la calificación jurídica de las funciones que ejercen en el ámbito de la seguridad industrial dichos Organismos. En opinión del autor, su función no es la de aportar un complemento técnico a una posterior resolución administrativa, sino la de resolver ellos mismos, y con plenos efectos, a propósito del cumplimiento reglamentario de un determinado producto, equipo o instalación. Por consiguiente, los Organismos de control, pese a tener naturaleza jurídico-privada, ejercen indiscutibles funciones públicas en materia de industria. Esta conclusión supone, sin duda, un nuevo frente para el Derecho administrativo y para la doctrina iuspublicista. Son aún muchas las preguntas sin respuesta que plantea la intervención de entidades privadas en el ejercicio de funciones administrativas, un tema ciertamente complejo que con destreza investigadora ha sabido lidiar IZQUIERDO CARRASCO.

En definitiva, las anteriores líneas son únicamente un apunte de las cuestiones de gran enjundia que se analizan en el libro del que aquí se da noticia. Por ello, sólo queda aconsejar la lectura de este trabajo, una lectura que suscitará numerosas reflexiones, como es común que suceda con las investigaciones doctorales rigurosamente elaboradas.

DOLORS CANALS AMETLLER
Departamento de Derecho Público
Universidad de Girona

MACERA, Bernard-Frank, *La teoría francesa de los «actos separables» y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001, 279 págs.

1. El libro tiene su origen en el segundo ejercicio del concurso por el que su autor obtuvo la plaza de Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, en diciembre de 1999. Ya en la contraportada queda expuesta una pregunta que desvela sin-

téticamente toda la trama argumental de la obra, con esa claridad concisa, típicamente francesa, de que suele hacer gala su autor —también francés—, resumiéndola en la siguiente cuestión: «¿se dan en el Derecho español las condiciones y circunstancias que llevaron al Consejo de Estado francés, hace más de un siglo, a crear esta “ficción” jurídica?». Y es que la teoría de los actos separables es a todas luces, como expone el autor de un modo metafórico, una auténtica ficción que, mientras en el Derecho francés responde a la necesidad de resolver un problema real de carácter procesal, en el Derecho español no sirve para nada más que para designar sin excesiva nitidez diferentes posibilidades impugnatorias.

Lo cierto es que, aunque la doctrina y la jurisprudencia hayan aludido con anterioridad a esta teoría (al menos, de un modo puramente terminológico), la legislación no se ha referido expresamente a los actos separables hasta 1967, cuando la Ley de Contratos del Estado de 1965 fue desarrollada por su Reglamento. Si bien la legislación de contratos formalmente tampoco ha utilizado esa expresión (de actos separables) hasta la propia Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, tomándola de dicho Reglamento de Contratos del Estado, cuyo artículo 13 hablaba ya de «*actos jurídicos separables*», justamente, a los efectos de *repartir* (o *separar*) el orden jurisdiccional competente, para atribuir al contencioso-administrativo los litigios relativos a la *competencia* y al *procedimiento de contratación* de los contratos privados de la Administración (litigios frente a actos que por sujetarse al Derecho Administrativo se separaban, en ese sentido, del régimen jurídico-privado del contrato una vez constituido), mientras que asignaba al orden civil con carácter general el conocimiento de los demás litigios que surgieran entre las partes de tales contratos «excluidos del ordenamiento jurídico-administrativo», según decía el citado precepto (para referirse a los llamados contratos privados de la Administración).

Además, aquella previsión venía completada en dicho precepto del propio

Reglamento de 1967, con la determinación de los efectos jurídicos que derivarían de la anulación de dichos actos separables sobre el contrato, anulándolo. En el mismo sentido y con la misma finalidad, la Ley de 1995 ha recogido la expresión de «*actos separables*» como criterio de reparto procesal de controversias, inspirado en la naturaleza administrativa del régimen propio de la preparación y adjudicación de cualquier contrato —administrativo o privado— celebrado por la Administración en cuanto tal. Y, del mismo modo, la referencia a los actos separables del Texto Refundido vigente (art. 9.3) viene asimismo complementada, aunque por otro precepto distinto (art. 65), del cual se desprende también el efecto anulatorio del propio contrato, como consecuencia de la anulación del acto de adjudicación. Todo ello desvela a las claras la impropiedad de la terminología empleada, si se comparan estas consecuencias jurídicas con lo que supone en Francia la teoría de los actos separables, como expone y justifica el autor.

2. La obra aparece dividida en dos partes, respectivamente dedicadas a la teoría de los actos separables en el Derecho francés y en el Derecho español.

En la parte francesa, el autor dedica el primer capítulo a la evolución de la teoría en Francia, exponiendo cómo hasta fines del siglo XIX estuvo vigente la teoría (llamada también de la «incorporación») del «todo indivisible» entre el contrato y los actos que le servían de base; dicha teoría implicaba la imposibilidad de oponerse a uno sin oponerse a los demás. A mi modo de ver, esto parece ya dar una idea del *parti pris* francés sobre la existencia de un cierto doble nivel en la contratación pública (inexistente, me parece, en nuestro Derecho); entonces, al margen de tales prejuicios implícitos, se admitía una legitimación amplia en favor de cualquier interesado, aunque no fuese parte en el contrato, para acudir al recurso de anulación contra cualquiera de los actos de preparación, cuya anulación comportaba la del propio contrato.

Sobre esa base implícita (de una suerte de doble nivel), acabaría cam-

biándose el criterio jurisprudencial: el recurso de plena jurisdicción se reservará procesalmente a las partes del contrato en cuanto tales y aparecerá la teoría de los actos separables. El recurso de anulación no podrá utilizarse ya para atacar al propio contrato, configurándose como una acción limitada a invalidar los actos soportes del contrato (de naturaleza unilateral), cuya anulación no va a implicar ya directamente la del contrato mismo, aun cuando su activación aparezca como el único cauce procesal oportuno para que los sujetos ajenos al propio contrato puedan instar su anulación. A partir de ahí, se produce en la evolución lo que el autor denomina la ya actual «esquizofrenia benigna» del juez contencioso-administrativo (según que conozca del recurso de anulación por exceso de poder o del recurso de plena jurisdicción), a la que acompaña el efecto cuasi «platónico» de la anulación del acto separable (por la dilación de sus consecuencias sobre el contrato).

3. En la segunda parte, después de haberse referido a otras manifestaciones de la teoría procesal de los actos separables en el Derecho francés, concretadas en ámbitos distintos de la contratación pública (actos políticos, materia electoral, fiscal, etc.), continúa su exposición utilizando una metáfora médico-clínica; el autor se refiere así al «trasplante» de la teoría al Derecho español, en el capítulo tercero. En este capítulo expone la evolución española hacia lo que finalmente aparece, en realidad, como una *supuesta* incorporación de aquella teoría al Derecho español; refiriéndose primero a la doctrina, después a la jurisprudencia y, en fin, a la propia legislación vigente de contratos. Aunque queda perfectamente claro (especialmente, a partir de la pág. 118) que lo único que se incorpora a nuestro Derecho es la terminología, pero no el significado de dicha teoría, sin embargo, en este punto parece como si el autor resultase en cierto modo atrapado por la escenografía de su propia sistemática expositiva y, quizás, no saca todo el partido expresivo posible a esa memoria doctrinal que realiza de las aportaciones

de GARCÍA-TREVIJANO FOS tendentes, certeramente, como el propio autor deja entrever, a apuntalar la idea de una «zona común» de la contratación pública, enraizada en la naturaleza misma de la Administración pública, con independencia de la naturaleza (administrativa o privada) y del régimen jurídico de cada contrato.

Con todo, el autor deja más que claro el objetivo de su obra, es decir, consigue expresar plenamente que en el contexto del Derecho español no se precisa de la teoría de los actos separables para garantizar procesalmente los derechos de terceros interesados en el procedimiento de contratación, pero ajenos al propio contrato aunque éste sea privado o no administrativo. Las observaciones expuestas anteriormente no pretenden oscurecer con reparos las aportaciones de Bernard MACERA, sino subrayar más los resultados por él alcanzados y siempre con la ventaja de perspectiva que proporciona valorar una obra ajena ya concluida. Y, desde esa posición, parece muy positivo el esfuerzo que realiza el autor en el cuarto y último capítulo, cuando pone de relieve que la teoría en cuestión es un remedio «inútil e improcedente» para luchar contra la huida del Derecho Administrativo y que, utilizada como instrumento de fiscalización de los llamados actos políticos, dicha técnica evidencia la «radiografía de una confusión jurisprudencial».

4. Este libro, fruto de un análisis «bifásico» (vertido sucesivamente sobre el Derecho francés y español), aparece precedido, avalado y, en definitiva, presentado ante la doctrina por sendos prólogos, cuyos autores —uno español y otro francés— resaltan la relevancia teórica del esfuerzo realizado, subrayando el primero, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la trascendencia, confirmada por esta obra, de asumir a fondo la sustantividad de la llamada actividad contractual de la Administración pública y no sólo la de los contratos administrativos, en la que tanto insistieran VILLAR PALASÍ y ARIÑO ORTIZ, en la línea de lo ya expuesto en su estudio sobre la «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus con-

secuencias», en la *Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. MARIE-NHOFF*, dirigida por el profesor Juan Carlos CASSAGNE y publicada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

5. Quizás no se haya explicitado suficientemente por el autor cuál es la razón de ser de esa sustantividad (por ser como un punto de partida sobreentendido), limitándose —muy probablemente, con toda intención— a constatar esa específica manifestación «vital» del Derecho español, justamente el hecho de que en él los contratos se perfeccionan por un acto administrativo que, como de todos es sabido, se llama acto de adjudicación y perfecciona el contrato. Lo perfecciona sin alterar su condición de acto administrativo en sentido estricto, unilateral por tanto (aunque necesitado de una previa solicitud voluntaria de quien quedará obligado), y no, como dijera BOQUERA OLIVER, por ser la aceptación de una oferta. Tal vez por situarse en la misma perspectiva que dicho autor, el profesor Franck MODERNE le reproche a MACERA en su «Prólogo», con benevolente severidad, que haya dejado fuera del discurso una mayor fundamentación de esa especificidad propia de los contratos de la Administración que, posiblemente, en contraste con el Derecho francés, se refleja hoy claramente en el Derecho positivo español.

6. Además, desde la perspectiva del Derecho francés, MODERNE reconoce que la teoría de los actos separables en Francia responde a lo que se ha denominado una ficción jurídica «endógena» (no por ello criticable en sí misma, considera, evocando las «verdades falsas» de que hablara F. GÉNY). Dicha artificiosidad se manifiesta precisamente, afirma, en que el llamado acto separable previo al contrato puede ser declarado ilegal en atención a la ilegalidad del contrato, mientras que, si se consigue la anulación de un acto separable, queda todavía «mucho camino por recorrer» para conseguir la anulación del propio contrato. Con todo, a pesar de compartir parcialmente la crítica del autor, no acepta el ataque frontal de su compatriota y afirma que la evolución del De-

recho francés no parece encaminarse de entrada hacia una «brusca desaparición» de la teoría de los actos separables, sosteniendo que el debate permanece abierto.

7. Con este libro, en fin, la polémica está servida y parece enfrentar al Derecho de ambos lados de los Pirineos. Queda para otros valorar el acierto en la expresión, pero es evidente que el autor consigue llamar poderosamente la atención, poniéndonos sobre la pista del porqué de esa «vida propia» (o «sustantividad» del contrato) y de cuál puede ser la etiología de la «patología» observada, es decir, a qué pueden obedecer las disfunciones derivadas de una supuesta aplicación en el Derecho español de la teoría de los actos separables.

A mi modo de ver, como se refleja bien expresivamente en esta obra, la salud administrativa se resiente de utilizar «fármacos» o categorías jurídicas inapropiadas, que no se adaptan a la naturaleza del «paciente», la Administración; quien, por no ser un sujeto de libertad, no puede nunca contratar como un particular; lo más que puede hacer es obligarse «contractualmente». Precisamente, es a ese «enlace causalizado de prestaciones recíprocas» (según la expresión acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) al que se sujeta la propia Administración, a lo que denominamos contrato; no porque en su origen sea un encuentro de dos voluntades igualmente constitutivas, sino por la estructura del contenido y por la dinámica de los efectos de esa relación jurídico-administrativa, unilateralmente, por ello, constituida.

En suma, es de esperar que esta obra ayude a ahondar y comprender mejor la actividad contractual de la Administración, sus posibilidades y sus límites; sin duda, servirá con ello al progreso de la ciencia jurídico-administrativa, ya que son muchas las cuestiones fundamentales implicadas en ella.

Isabel María DE LOS MOZOS TOUYA
Profesora Titular de Dcho. Administrativo
Universidad de Valladolid
MAGÁN PERALES, José María Aristóteles:
La circulación ilícita de bienes cultura-