

tales en el sentido amplio (incluida la aplicación de los principios programáticos), siga siendo necesario. Y considerando el alto valor constitucional de la dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, no estaría de más que la publicación de esta primera monografía sobre «derecho prosti-tucional» (como con cierto exceso lo califican los autores) nos anunciara que es un tema que va a empezar a interesar a la doctrina jurídica.

Isabel CARO-PATÓN CARMONA  
Universidad de Valladolid

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos* (Prólogo del profesor Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN), Editorial Comares, S.L., Granada, 2003, 353 págs.

Los servicios públicos se han convertido en una figura determinante en los Estados europeos; conocemos su pasado y su presente, pero ¿están las instituciones comunitarias dispuestas a mantener estos servicios?, ¿podrán los Estados utilizarlos como medio para eludir las normas comunitarias?, y, todavía más importante, ¿es inseparable el binomio servicio público-ineficacia en sus prestaciones? Estos interrogantes y otros muchos son resueltos en la obra que analizamos.

El Prólogo es obra del profesor Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, y en el mismo nos encontramos con una primera aproximación a la noción de servicio público.

El autor comienza su análisis con una Introducción general en la que se muestran cuáles van a ser las líneas a desarrollar. La obra se divide en tres partes bien diferenciadas, en las que se aborda el análisis del servicio público desde tres puntos de vista: en la concepción tradicional, en la Constitución española y en el Derecho comunitario.

Se inicia esta obra con el estudio de la noción de servicio público en el Derecho francés. Esta figura tuvo en el país galo a

sus más fervientes detractores y defensores. A la noción de servicio público se le otorgó tal grado de amplitud en el país vecino que llegó a ser considerada como el elemento definitorio del Derecho administrativo.

La teoría clásica del servicio público francés tiene tres máximos representantes: DUGUIT, JÈZE y HAURIUO. El autor aclara los principios esenciales de sus teorías y, tras este estudio individualizado, observa las similitudes entre ellas; las tres se caracterizan por mantener enlazados «servicio público y procedimiento de derecho público-exorbitancia de derecho común».

A pesar de las coincidencias que se producen entre los tres autores citados, ha llamado nuestra atención la argumentación de DUGUIT sobre el servicio público. Coincidimos con el autor en las dificultades del planteamiento teórico de DUGUIT para concretar las actividades que pueden tener la consideración de servicio público; y también en la posible exageración de su carácter social, que nos hace olvidar que la intención de DUGUIT era adecuar el intervencionismo estatal a la realidad social.

No obstante, la aplicación de la solidaridad social y su exposición sobre la existencia de necesidades que deben satisfacerse en común nos parecen adelantadas a su tiempo y de rabiosa actualidad; parámetros que siguen vigentes para entender el servicio público y su fundamento último.

La concepción clásica sufre una primera crisis cuando cae la estructura estatal en la que se apoyaba: el Estado liberal. La irrupción de una nueva visión de la mano del Estado del Bienestar provoca que el ámbito de actuación del servicio público se sitúe bajo el control del legislador; teniendo que esperar ya hasta finales del siglo xx para abrir una nueva etapa.

En lo que respecta a la situación de los servicios públicos en España con anterioridad a la Constitución, hay que destacar el carácter más limitado de esta figura, a pesar de la importante influencia de la doctrina francesa, y su consideración como una más de las formas de actuación de la Administración.

Dado el carácter más restringido de la noción de servicio público, las crisis que acompañaron a esta figura en nuestro

país no fueron de la misma relevancia que en Francia. Son dos los elementos que materializan la crisis de la teoría sobre el servicio público en nuestro país: de un lado, la aparición de una nueva forma de actividad administrativa (gestión económica) y, de otro, el principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas.

La doctrina española considera elemento esencial del servicio público el que la Administración sea titular o propietaria de la actividad; ello no puede desembocar en considerar al monopolio como elemento indispensable, ni en eliminar la necesidad de la satisfacción del interés general por parte del servicio público. Además, existen supuestos en los que, a pesar de no existir una publicación expresa, no es posible negar su carácter de servicio público. Por tanto, para la definición de servicio público, dos serían las notas características, que su prestación sea esencial y que la iniciativa privada no satisfaga por sí sola esta necesidad.

La segunda parte de la obra analiza el modelo económico trazado por la Constitución española. El marco jurídico trazado se encuentra dotado de la suficiente flexibilidad para cumplir con el respeto al principio democrático, que permite el desarrollo de políticas económicas de diverso signo; de ahí el reconocimiento de principios liberales e intervencionistas.

El derecho de libertad de empresa y la iniciativa pública en la actividad económica, ambos reconocidos en el texto constitucional, son analizados con detenimiento, perfilando sus contornos con los necesarios pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales.

El análisis del reconocimiento constitucional de la noción de servicio público es el núcleo central de este apartado. La reserva a la actuación pública que se produce en el artículo 128.2 ha originado diversas líneas de interpretación que, en opinión del autor, tienen importantes puntos en común. SENDÍN GARCÍA considera el servicio público como un instrumento del que se pueden servir los titulares del poder político para cumplir con los fines constitucionales, y que necesita de una serie de controles materiales y formales.

Los requisitos constitucionales son agrupados en tres categorías: materiales,

teleológicos y formales. En lo que respecta a los requisitos materiales, nos encontramos con dos, que la reserva se realice sobre servicios esenciales y que la publicación se lleve a cabo de forma genérica (sobre un sector de actividad o prestación). Además, sería necesaria la existencia de un interés general (requisito teleológico), y la reserva se llevará a cabo mediante ley formal (requisito formal).

La Constitución obliga a los poderes públicos a que determinadas prestaciones, consideradas esenciales, se suministren en condiciones adecuadas a todos los ciudadanos y se encuentren sujetas, en determinadas circunstancias, a un régimen exorbitante de Derecho común. Y esta última característica, que permite que los servicios públicos pueden actuar bajo un régimen de Derecho privado, es la que los distingue de las funciones públicas (obligatoriamente gestionadas en régimen de Derecho público).

El servicio público español empezó a ser cuestionado con anterioridad al proceso de liberalización iniciado a partir del Derecho comunitario. Las principales fallas que se le achacaban eran la propia indefinición de la noción de servicio público, la falta de eficacia en la prestación del mismo, su colaboración al crecimiento excesivo del sector público, su posible amenaza para las libertades (relacionada para el autor con los modos de gestión) y la crisis material consecuencia de la sustitución del Estado por los sujetos privados.

La influencia del Derecho comunitario en la configuración de los servicios públicos es el tema de estudio en la tercera y última parte de esta obra. En primer lugar, hay que aclarar que, a pesar de que el Derecho comunitario ha contribuido a las privatizaciones, no impide la actividad económica de los poderes públicos, sino que simplemente la sujeta a controles para que no actúen en condiciones privilegiadas respecto del sector privado. Únicamente se encontrarán legitimados los poderes públicos para hacer uso de un poder exorbitante cuando se pretenda satisfacer un interés público.

El Derecho comunitario dispone de una serie de medios para limitar el intervencionismo estatal. En primer lugar, habría que citar las prerrogativas de las que

se dota a la Comisión para fijar las exigencias del interés comunitario en un sector concreto. Además, nos encontramos con las normativas reguladoras de la competencia y del mercado interior, la armonización de las legislaciones y, por último, la creación de un sistema intervencionista comunitario que, a pesar de su escasa repercusión actual, puede convertirse en una clara opción de futuro.

El régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general se deduce fundamentalmente del artículo 86 del Tratado. Este precepto va dirigido a impedir que los Estados miembros coloquen en una posición privilegiada a las empresas, incumpliendo las disposiciones comunitarias. El ámbito objetivo del precepto incluiría todo tipo de medidas adoptadas por cualquier autoridad pública del Estado miembro y cuyas destinatarias sean empresas públicas y empresas dotadas de derechos especiales o exclusivos (conceptos perfilados a partir de la jurisprudencia comunitaria y la doctrina).

El proceso de liberalización auspiciado por las instituciones comunitarias es identificado por el autor como un mecanismo para dotar de eficacia a los servicios públicos. Por tanto, se trataría de compatibilizar el servicio público y las exigencias del mercado; con lo que resultaría el predominio del carácter funcional, resultando decisivo el control de la actividad y no la titularidad de la misma. Estas premisas han dado una nueva visión a la teoría del servicio público, marcada por una evolución constante en el ámbito comunitario, cuyo mejor ejemplo es el sector de las telecomunicaciones.

Todas aquellas empresas dotadas de derechos especiales o exclusivos, que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la excepción del artículo 86.2 TCE, están sujetas a todas las normas del Tratado. El autor se detiene en el análisis de aquellas normas que más problemas han ocasionado en su aplicación, las normas de mercado interior y las reguladoras de la libre competencia.

En lo que respecta al primer grupo de normas, hay que distinguir entre las que prohíben las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, las medidas de efecto equivalente a éstas y las normas

reguladoras de los monopolios comerciales; todas ellas conformarían el sector de la libre circulación de mercancías. La libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios completan las normas de mercado interior. El Derecho de la competencia comprendería la prohibición de las prácticas colusorias y de abuso de posición dominante.

El régimen expuesto tiene una importante excepción en el artículo 86.2 TCE, en el que se excluye de la aplicación de las normas del Tratado a todas aquellas empresas, tanto públicas como privadas, con una misión de interés general que se lleve a cabo a través de un acto de poder público; además, las reglas del Tratado tendrían que impedir el cumplimiento de ese fin, y los intercambios no podrían verse afectados en forma contraria al interés de la Comunidad. Una vez que nos encontremos ante todos estos requisitos, de interpretación restrictiva, estaremos dentro del ámbito de aplicación del precepto, que produce efecto directo.

Por último, es necesario hacer referencia al artículo 16 TCE, ligado a la necesidad de que las instituciones comunitarias aseguren la protección del interés económico general y su prestación a los ciudadanos. Un precepto considerado por el autor como insuficiente y oscuro, ya que no hace referencia expresa a ningún servicio que deba encuadrarse en la categoría de servicio de interés económico general.

Para concluir debemos poner de manifiesto que nos encontramos ante una obra de una densidad importante, por lo que son numerosos los temas que hemos tenido que dejar en el tintero.

Coincidimos plenamente con el autor en la necesidad de olvidar las discusiones teóricas sobre los modelos de servicio público y perseguir la eficacia de los mismos. Las disposiciones comunitarias y sus limitaciones a la actuación de los poderes públicos son una expresión más de las irregularidades que han marcado el desarrollo de los servicios públicos, utilizados como tapadera de poderes exorbitantes que en ocasiones no se traducían en una mejora de la prestación a los ciudadanos.

A pesar de lo expuesto, el futuro de esta figura está asegurado, ya que el sector

privado nunca estará dispuesto a asumir la prestación de un servicio que no reporte beneficios y que necesite de importantes inversiones. Además, no podemos olvidar que el Derecho comunitario apoya la figura del servicio público; tanto el abuso de la misma como su desaparición significarían el incumplimiento de los principios y las políticas comunitarios.

M.<sup>a</sup> Remedios ZAMORA ROSELLÓ

SIERRA MORÓN, Susana de la: *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2004, 410 págs.

Como apunta su propio título, la obra objeto de la presente recensión constituye un estudio normativo, jurisprudencial y, desde luego, doctrinal acerca de la tutela cautelar contencioso-administrativa. Un estudio minucioso que denota la excelente formación de la autora en un tema de tan difícil aprehensión como es el del Derecho comparado.

En efecto, cuando el análisis de una institución jurídica precisa de una visión supranacional, adquiere una relevancia singular la perspectiva desde la que el autor enfoque su estudio. Perspectiva que, desde el inicio de su investigación, ha preocupado especialmente a la profesora DE LA SIERRA MORÓN: Hasta tal punto que, si bien la presente monografía tiene su origen en la tesis doctoral de la autora (defendida en el Instituto Universitario Europeo de Florencia el 8 de noviembre de 2003 y merecedora de la Distinción Especial en el Premio de Tesis 2004 del Grupo Europeo de Derecho Público, con sede en Atenas), la misma destinó un capítulo preliminar de su trabajo, inserto como capítulo primero, a una profunda delimitación del concepto de Derecho comparado y a un exhaustivo examen del método a seguir\*.

\* Capítulo que ha visto la luz en 2004 como una brillante monografía en la Editorial Civitas bajo el título *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Dere-*

En este sentido, Susana DE LA SIERRA muestra a todas luces un pleno dominio y un completo conocimiento de la tutela cautelar en los diferentes sistemas jurídicos estudiados, no sólo por haber realizado diversas estancias de investigación en cada uno de los países objeto de estudio (París, Berlín y Florencia), habiendo trabajado con los principales expertos, sino también —y sobre todo— por haber sido capaz de sumergirse en los diferentes ordenamientos comunitarios para llegar al corazón de la institución cautelar. Todo ello para lograr una obra de gran valor intelectual, en la que resaltan, amén de su sistemática y uniformidad, la perfecta integración entre Derecho nacional y Derecho comparado.

Pues bien, en el libro que ahora comentamos, Susana DE LA SIERRA evidencia su preocupación por la excesiva lentitud de la justicia administrativa y el consiguiente protagonismo que en tal situación adquiere la tutela cautelar. Inquietándose igualmente, y siempre con un espíritu crítico admirable, por la falta de escritos que analicen la «globalidad del fenómeno», esto es, no sólo la comunitarización del Derecho nacional en la materia, sino también las aportaciones del Derecho nacional al comunitario.

Por otro lado, el interés del presente libro radica, además, en la utilización magistral que hace la autora de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia cautelar. A partir de emblemáticas sentencias del Alto Tribunal comunitario (*Factortame*, *Zuckerfabrik*, *Atlanta*, *T. Port* y *Krüger*), DE LA SIERRA MORÓN identifica los principales problemas a fin de extraer las consecuencias más importantes en cada uno de los países estudiados y elaborar una verdadera doctrina común al respecto, principalmente en lo que a las condiciones materiales de adopción de las medidas cautelares (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*) y la ponderación de intereses se refiere. No en vano, a esta última categoría conceptual dedica la autora una especial atención como criterio procedimental en la adopción de medidas cautelares capaz de paliar, una vez fijados los

*cho Público Comparado y Derecho Administrativo europeo.*