

X
2017

Anuario de la
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. X-2017**

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. X-2017**

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

José Enrique Bustos Pueche (*Universidad de Alcalá*)

DIRECTORES

María Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*) y Guillermo Escobar Roca (*Universidad de Alcalá*)

SECRETARIA

Remedios Menéndez Calvo (*Universidad de Alcalá*)

VOCALES

José Ignacio Rodríguez González (*Universidad de Alcalá*), Juan Antonio Bueno Delgado (*Universidad de Alcalá*), y Ángeles Martín Rodríguez (*Universidad de Alcalá*)

COMITÉ ASESOR

Eugenia Ariano Deho (*Universidad San Marcos de Lima*), Philippe Auvergnon (*Universidad de Burdeos*), Juan Cadarso Palau (*Universidad de Alcalá*), Carmen Chinchilla Marín (*Universidad de Alcalá*), Luis Javier Cortés Domínguez (*Universidad de Alcalá*), Eva Desdentado Daroca (*Universidad de Alcalá*), José María Espinar Vicente (*Universidad de Alcalá*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), Alfonso García-Moncó Martínez (*Universidad de Alcalá*), Carlos García Valdés (*Universidad de Alcalá*), José Luis Gil y Gil (*Universidad de Alcalá*), Fernando Gómez-Carbajo de Viedma (*Universidad de Alcalá*), Emiliano González Díez (*Universidad de Burgos*), Juan Carlos González Hernández (*Universidad de Alcalá*), Santiago Hierro Anibarro (*Universidad de Alcalá*), Miriam M. Ivanega (*Universidad de Buenos Aires*), Carlos Jiménez Piernas (*Universidad de Alcalá*), Michael Lang (*Universidad de Viena*), Gianni Loy (*Universidad de Cagliari*), Diego Manuel Luzón Peña (*Universidad de Alcalá*), Isabel Martínez Jiménez (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Carolina Martínez Moreno (*Universidad de Oviedo*), Isaac Merino Jara (*Universidad del País Vasco*), Esteban Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Carlos Molina del Pozo (*Universidad de Alcalá*), Emma Montanos Ferrín (*Universidad de A Coruña*), Malina Novkirishcka-Stoyanova (*Universidad de Sofía*), José Manuel Otero Lastres (*Universidad de Alcalá*), Nazareth Pérez de Castro (*Universidad de Alcalá*), Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*), Ana Rubio Castro (*Universidad de Granada*), Miguel Sánchez Morón (*Universidad de Alcalá*), Vittorio Santoro (*Universidad de Siena*), Silvia del Saz Cordero (*UNED*), Balázs Schanda (*Universidad Católica de Budapest Pázmány Péter*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*) y Virgilio Zapatero Gómez (*Universidad de Alcalá*).

CONSEJO EDITORIAL

Avelina Alonso de Escamilla (*Universidad CEU San Pablo*), Kai Ambos (*Universidad Georg-August de Göttingen*), Manuel Aragón Reyes (*Universidad Autónoma de Madrid*), Mercé Barceló Serramalera (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Jesús M. Casal Hernández (*Universidad Católica Andrés Bello*), Raffaele Caterina (*Universidad de Turín*), Alberto Ricardo Dalla Via (*Universidad de Buenos Aires*), Sionaidh Douglas-Scott (*Universidad de Oxford*), Francisco J. Eguiguren Praeli (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), Carlos Fernández Rozas (*Universidad Complutense*), Javier García Roca (*Universidad Complutense*), Enrique Gimbernat Ordeig (*Universidad Complutense*), María Ángeles Parra Lucán (*Universidad de Zaragoza*), Antonio Enrique Pérez Luño (*Universidad de Sevilla*), Elisa Pérez Vera (*UNED*), Claudio M. Radaelli (*Universidad de Exeter*), Pablo Ruiz Tagle (*Universidad de Chile*), Agustín Squella Narducci (*Universidad de Valparaíso*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*) y Marco Ventura (*Universidad de Siena*).

SUSCRIPCIÓN

Facultad de Derecho.
C/ Libreros 27. 28801 Alcalá de Henares (Madrid)

Para la suscripción, adquisición de ejemplares o colaboración con el Anuario, consultar las Instrucciones para los autores y la Hoja de pedido/suscripción.

ISSN: 1888-3214

Depósito legal: M-3.445-1992

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá es una publicación de periodicidad anual que se publica en el primer trimestre de cada año. El Anuario se encuentra indexado en las Bases de datos COPAC, DIALNET, DICE, DULCINEA, IN-RECJ, ISOC, Directorio y Catálogo LATINDEX, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC y ZDB.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? de la mediación familiar págs. 1-42
por *Nuria Belloso Martín*

- Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia págs. 43-73
por *M^a Olga Sánchez Martínez*

- La reciente reforma de la LOREG: Una excepcional oportunidad perdida para el cambio de modelo de campaña electoral en España págs. 75-102
por *José Luis Mateos Crespo*

- La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos págs. 103-130
por *Manuel Cerrada Moreno*

- Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas págs. 131-172
por *Manuel Lucas Durán*

- Registro de las comunicaciones electrónicas del trabajador ¿Es necesaria la autorización judicial? págs. 173-202
por *Aránzazu Roldán Martínez*

- Vigilancia de la salud y trabajadores con trastorno mental grave..... págs. 203-229
por *Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada*

- Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España págs. 231-266
por *Mónica Martínez López-Sáez*

- El nacimiento del Derecho sobre la marca en la legislación nicaragüense..... págs. 267-292
por *Mati de los Ángeles Hernández Alfaro*

- A propósito del *zeroing*: metodología de cálculo antidumping y fuente de conflictos internacionales en el seno de la OMC págs. 293-319
por *Eva P. Carro, Ester Castro, María Prada, y Jesús A. Soto*

II. NOTAS

- La etapa del surgimiento y desarrollo de los derechos públicos subjetivos vinculada a la escuela alemana del Derecho Público págs. 323-337
por *Antonio Villacorta Caño-Vega*
- Reflexiones sobre la selección y promoción del profesorado universitario desde la perspectiva de la igualdad de género págs. 339-347
por *Eva Desdentado Daroca*
- La Libertad Sindical en los Tribunales: Caso “Panrico” págs. 349-353
por *Remedios Menéndez Calvo*

III. ACTOS ACADÉMICOS

- Seminario “La futura legislación de contratos públicos a debate” págs. 357-360
por *Sara Ramos Romero*

IV. RECENSIONES

- Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva..... págs. 363-366
por *Patricia Prieto Padín*
- Itinerarios constitucionales para un mundo convulso..... págs. 367-371
por *Jeferson Scheneider*
- Los riesgos del copago y su polémica expansión: análisis jurídico... págs. 372-374
por *Manuel Lucas Durán*
- El concepto de dividendos en los convenios de doble imposición... págs. 375-376
por *Manuel Lucas Durán*
- La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el impuesto sobre sociedades págs. 377-380
por *Manuel Lucas Durán*

V. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES págs. 383-385**VI. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES págs. 387-389**

NAVARRO GARCÍA, ALBERT, *LOS RIESGOS DEL COPAGO Y SU POLÉMICA EXPANSIÓN: ANÁLISIS JURÍDICO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 307 págs., ISBN: 9788491199939

MANUEL LUCAS DURÁN

Universidad de Alcalá

La crisis económica que hemos vivido recientemente y que sólo ahora parece empezar a disiparse ha tenido unas consecuencias terribles para las finanzas públicas: los ingresos tributarios se desplomaron y, sin embargo, los gastos públicos se mantuvieron inercialmente, creándose de este modo un déficit continuado en el tiempo que amenazaba la sostenibilidad del sistema.

Ante tales circunstancias, y habida cuenta no solo de la nocividad económica de un déficit creciente sino, además, de las limitaciones jurídicas de la Unión Europea en dicho ámbito, el poder político tenía dos opciones: recortar el gasto público, con las dolorosas implicaciones sociales que ello conlleva o, por otro lado, aumentar los ingresos públicos, con el riesgo electoral asociado a tales medidas; o bien realizar ambas operaciones simultáneamente.

Ciertamente, en el caso de decidirse aumentar los ingresos públicos, la medida puede adoptar perfiles diversos: bien esperar un incremento de la recaudación manteniendo el nivel tributario (lo cual sólo acontece en épocas de expansión económica), o bien elevar los tipos efectivos –incrementado tipos nominales o reduciendo beneficios fiscales– de las distintas figuras impositivas de nuestro Estado (IRPF, Impuesto sobre Sociedades, IVA, impuestos especiales, etc.).

Como es sabido, todas las medidas antes referidas (recorte del gasto público y aumento de impuestos) se han adoptado en los años pasados con el objeto de sostener las finanzas públicas en España. Sin embargo, también se ha propuesto por algunos sectores políticos la instauración de ciertos “copagos” en relación con los servicios públicos provistos a la ciudadanía, lo cual ha sido avalado por recientes informes de expertos nacionales (Informe Lagares de 2014) e internacionales (Fondo Monetario Internacional en 2015). Se trata, en definitiva, de la posibilidad de requerir un determinado monto a quien use un servicio público (Sanidad, Servicios Sociales, Administración de Justicia, etc.) con un doble objetivo:

- en primer lugar, contribuir a sufragar el coste del servicio público provisto; ello tiene su fundamento último en el principio económico de “equivalencia”, en virtud del cual quien obtiene un beneficio de un ente público puede ser llamado a financiarlo, siquiera en parte, mientras que el resto del coste no financiado por el usuario iría a cargo de los presupuestos generales de la entidad pública que provee tal servicio, esto es y por lo general, con cargo a los impuestos satisfechos por la ciudadanía.
- en segundo lugar, y a fin de evitar una idea de gratuidad total del servicio público que idealmente pudiera conllevar una sobredemanda del mismo, se

invoca el poder del “copago” para servir de “tique moderador” que, al comunicar la idea de coste del servicio a la ciudadanía, racionalice al mismo tiempo su demanda.

Los argumentos antes mencionados –enarbolados recurrentemente por los partidarios de la instauración de “copagos”– provienen de postulados de la Hacienda Pública como disciplina económica. Sin embargo, ha existido un relativo vacío en torno a la reflexión sobre la conveniencia o posibilidad de aprobar contribuciones para los usuarios de servicios públicos: en definitiva en no pocos casos se echa en falta una mirada jurídica del fenómeno desde la perspectiva que brindan los principios recogidos en nuestra Constitución. Ello es así porque no toda política económicamente posible es constitucionalmente admisible; y ello lo atestiguan –por poner un ejemplo– las declaraciones de inconstitucionalidad que afectaron a determinados tributos conocidos como “euro por receta”, aprobados en el pasado por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Madrid. Pues bien, a colmar la mencionada laguna, y en la línea ya iniciada por algunos meritorios trabajos científicos, se inscribe la monografía del Profesor Albert Navarro García ahora comentada, la cual proporciona una adecuada visión desde el particular enfoque del Derecho Financiero y Tributario.

Una de las cuestiones esenciales del libro recensionado consiste en una reflexión serena sobre la naturaleza del denominado “copago”. En definitiva, podría preguntarse si las aportaciones de los destinatarios de los servicios públicos pueden conceptuarse como “tasas”, “precios públicos”, “precios privados” o bien, de forma genérica, “prestaciones patrimoniales de carácter público”. La cuestión no es baladí pues, más allá de un prurito académico, tiene una importancia crucial: en función de la clasificación adoptada regirán unos u otros principios constitucionales.

El debate, ciertamente, no es nuevo. Ya en 1953 el Profesor García de Enterría se refería a ello en medio de una corriente neoliberalista que propiciaba igualar las “tarifas” de servicios públicos de transporte al coste de los mismos, en pro de un supuesto saneamiento y equilibrio de las finanzas públicas e imbuidos por una justificación cuasi empresarial de la Administración (el usuario de un servicio debe pagar al menos su coste). Pues bien, el egregio Profesor levantó ya entonces su autorizada voz para defender que tales exacciones no eran meros precios sino tasas (esto es, tributos o exacciones dotadas de un grado de coactividad) y, por ende, imbuidos por los principios materiales que informan tales tributos, de manera que tales políticas públicas debían pasar por un matiz que no se estaba considerando entonces. Otros autores, como el Profesor Barquero Estevan (2002), han denunciado los peligros de un “Estado de tasas” en relación con la consolidación de nuestro Estado Social, habida cuenta de la probable exclusión que provoca en algunos sectores desfavorecidos; asimismo se ha advertido por la doctrina de las tentaciones de todo ente público a sustraerse de los principios constitucionalmente exigidos para las tasas, pretendiendo adscribir los ingresos públicos aprobados en otro tipo de figuras que les requieren menos exigencias jurídicas, como ha plasmado –entre otros– la Profesora Ruiz Garijo (2002) en lo que se ha venido entendiendo como una “huida del Derecho Público”, llevada a cabo por las distintas Administraciones en búsqueda de ámbitos jurídicos menos exigentes y, al tiempo, menos garantistas para la ciudadanía.

Albert Navarro centra adecuadamente la cuestión considerando, con revisión minuciosa de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina más autorizada, que la mayoría de los “copagos” fijados por las distintas Administraciones tienen una naturaleza tributaria (son tasas) al afectar servicios esenciales. Y más allá de ello, se refiere a las consecuencias que tal categorización conlleva: observancia del principio de reserva de ley en materia tributaria e inspiración en el principio de capacidad económica (ambos recogidos en el art. 31 de nuestra Carta Magna).

De hecho, el autor realiza un detallado análisis jurídico de los “copagos” ya aprobados o de posible aprobación en los sectores más relevantes de nuestro Estado, cuales son el Sistema Público de Seguridad Social, la Sanidad, la Educación, los Servicios Sociales, el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, las prestaciones farmacéuticas o la Administración de Justicia (examinando las tasas aprobadas tanto a nivel estatal como autonómico, así como las correspondientes sentencias del Tribunal Constitucional emitidas al respecto), con interesantes referencias de Derecho comparado en relación con los tiques moderadores de los sistemas sanitarios de diversos países europeos.

Es destacable que, como señala el Prof. Navarro, en ocasiones el problema derivado del establecimiento de tasas autonómicas en relación con determinados servicios no es tanto el respeto a los principios tributarios contenidos en el art. 31 de la Constitución española como el respeto a las competencias estatales a que se refiere el art. 149 de nuestra Carta Magna; o bien la violación de los preceptos recogidos en el catálogo de derechos fundamentales previstos –con mayores o menores garantías– en la Norma Suprema de nuestro ordenamiento y en otros textos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la vida, a la tutela judicial efectiva, a la educación, a la salud, etc.). Es más, tales derechos fundamentales deben entenderse, de una u otra forma, reflejados y contenidos en la alocución “sistema tributario justo” a que alude el tantas veces citado art. 31 de la Constitución española. Ello es así porque no puede entenderse que un “sistema tributario justo” en el que “[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica” deje fuera de la protección social que contempla nuestra Carta Magna y otros textos supranacionales a determinados sectores de la población por, meramente, no poder pagar las tasas requeridas para el acceso a servicios públicos considerados como esenciales.

En suma, se trata de una obra imprescindible para quien quiera realizar un análisis adecuado de las políticas públicas en lo que respecta a la provisión de servicios a la ciudadanía y su financiación, ya sea desde el ámbito público (atendiendo a los intereses de la Administración) o privado (en defensa de los particulares), en cuanto que comporta una visión jurídico-constitucional de las posibilidades y límites respecto a la fijación de “copagos” en distintos ámbitos esenciales de los referidos servicios públicos y en los diferentes niveles territoriales del Estado.