

POR UNA REFORMULACIÓN DE NUESTRO MODELO DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: REFLEXIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA PORRAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 99/70

Joaquín Pérez Rey

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha

1. Consideraciones generales 2. Alcance de una posible reforma 3. Exigencias derivadas de la sentencia Porras 4. Reformas necesarias para adaptarse a este panorama. 5. Otras consecuencias. 6. El gobierno de la situación transitoria. 7. Más allá de las exigencias de la sentencias Porras 8. Cuestiones finales: eficacia de la Directiva 99/70 y responsabilidad patrimonial del estado

La vida te da sorpresas dice la famosa canción y entre las 8 millones de historias que, como la ciudad de Nueva York, tiene nuestro sistema de contratación temporal ha sido la más inesperada la que ha removido los cimientos de la duración del contrato de trabajo y el tradicional entendimiento que de ella ha hecho el ET. Que en un país, si del empleo privado hablamos, de obras y servicios y eventuales, buena parte de ellos irregulares, haya sido la lacónica interinidad y encima, según el Tribunal español que la cuestionó ante el TJUE, bien utilizada, la que haya puesto patas arriba nuestras certezas sobre los mecanismos extintivos del contrato de trabajo es sorprendente. Como lo es, aunque esto ya no tanto dado el significativo recurso a buscar amparo judicial fuera de nuestras fronteras en la crisis económica, que haya sido el Tribunal de la UE el que nos haya llevado a plantearnos de forma más intensa que la acostumbrada que nuestro entendimiento de la estabilidad en el empleo tiene considerables vías de agua.

No merece la pena, más allá de algunas consideraciones generales, insistir en lo que dice y lo que no dice la Sentencia Porras¹; algo que a estas alturas se conoce

¹ Lo hemos hecho en un primer momento en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/09/que-deben-hacerlos-jueces-espanoles.html> y junto con ANTONIO BAYLOS en “La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la Reforma Laboral”, *RDS-Latinoamérica*, núm. 2, 2016 y en <http://www.mundoobrero.es/pl.php?id=6277>. En esta misma Revista puede acudir al comentario inicial de PAVLOU y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA “La Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada y la contratación temporal en España. Un comentario a las sentencias del TJUE del 14 de septiembre de 2016”, *RDS*, núm. 75, 2016, p. 139 y ss. Naturalmente el interés doctrinal por la sentencia ha sido intensísimo y resulta casi imposible dar cuenta de todo él en una nota. Nos conformamos con citar las dos aportaciones monográficas surgidas hasta la fecha: la de PRECIADO DOMÈNECH, *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Bomarzo, Albacete, 2016 y la de MOLINA NAVARRETE, *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando el enredo. Estudio de la doctrina judicial española aplicativa de la “trilogía” de Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016*, Sepim, Madrid, 2016. El lector puede encontrar además una potente herramienta para adentrarse en la avalancha de materiales sobre el particular en el blog de EDUARDO ROJO, cuya utilidad para la comunidad iuslaboral no se puede dejar de resaltar. En sucesivas entradas dedicadas a la “Contratación temporal y no discriminación

bien. Nuestra intención es hacer algunas propuestas de cómo esta sentencia debería repercutir en la configuración legal de la contratación de duración determinada en nuestro país, en el buen entendido de que no todas ellas constituyen exigencias que provengan del Derecho de la UE, sino meras sugerencias que pretenden aprovechar el impulso reformador que sin duda genera la Sentencia Porras para hacer más sostenibles y menos testimoniales los límites previstos por el legislador español para contratar temporalmente.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Más allá de las consideraciones críticas que la sentencia Porras merezca por su tratamiento confuso de los mecanismos de extinción del contrato de trabajo, no estaría de más que en lugar de enmendar, corregir o reconducir interpretativamente la decisión del TJUE, ésta se aprovechara para de una vez por todas enfrentar el problema que el mercado de trabajo español tiene con los contratos temporales. Se debería, más allá de lo que estrictamente nos exija el ordenamiento de la UE, buscar una solución legislativa que además de integrar armónicamente en nuestro ordenamiento laboral el fallo europeo, refuerce la seguridad jurídica de empresas y trabajadores e intente hacer del art. 15 ET algo más que un precepto fantasma.

De actuarse en sentido inverso, esto es, a través de una solución legal que reconduzca interpretativamente la sentencia o la desconozca, podría producirse la paradoja, nada agradable, de comprobar cómo se dinamita aún más la seguridad jurídica al propiciar una situación en la que los jueces españoles podrían mantener sus objeciones a la norma nacional reformulada por seguir la misma oponiéndose al Derecho de la UE y, en concreto, al principio de no discriminación. Principio, adviértase, que puede dar lugar, hay conclusiones doctrinales y judiciales que así lo atestiguan, al denominado efecto de exclusión de la norma interna. Este escenario es indeseable a todas luces.

La otra consideración general que nos parece preciso realizar de forma preliminar tiene que ver con el hecho de que, y son numerosas las evidencias en la doctrina académica y judicial que lo constatan, la STJUE al sustentarse sobre el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos va mucho más allá del caso concreto que resuelve y alcanza potencialmente a todas las modalidades temporales de nuestro ordenamiento. Desde luego a las que están en el art. 15 ET (en las que el juicio de comparación del que habla la Sentencia es evidente que es susceptible de producirse), pero incluso a la contratación formativa (que nuestro legislador no ha excluido expresamente

con la contratación indefinida a su finalización” el profesor Rojo, junto con sus aportaciones, hace una exhaustiva guía de lectura de la documentación generada por las sentencias europeas. De gran interés y utilidad es asimismo la “Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras”, así como los comentarios de sentencias presentes en el blog del profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ: <http://ignasiibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>

de la aplicación de Directiva y el Acuerdo que la misma contiene) o a la ligada a motivos de empleo (como el contrato temporal con trabajadores con discapacidad o el contrato de relevo temporal –sobre este último ya hay en curso una cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Galicia– e incluso el contrato de apoyo a los emprendedores que supone un vínculo laboral materialmente temporal). Quiere decirse con ello que no parece posible concentrar exclusivamente en el contrato de interinidad los efectos del caso Porras, so pena de trasladar una imagen limitada del impacto de la decisión europea y poco eficiente de nuevo para garantizar la seguridad jurídica. Además, no se olvide, el principio de no discriminación, clave en la Directiva y en la STJUE que la interpreta, debe ser objeto de una interpretación extensiva.

Finalmente, también en este terreno general, conviene precisar que el Derecho comparado es esencial para adoptar una decisión equilibrada y que se inscriba en la órbita de la UE, como no de otra forma puede ser dado el carácter europeo del Acuerdo que da origen a la Sentencia Porras. Es esencial, pero su capacidad para inspirar una reforma de la contratación temporal en España está doblemente limitada. En primer lugar, porque no cabe desconocer que el problema de la temporalidad en nuestro país tiene características propias y no guarda relación con lo que sucede en el resto de la UE (no en vano tenemos la segunda tasa de temporalidad más alta de Europa² y con tendencia a que siga creciendo). En segundo término, no puede tampoco obviarse que nada asegura que los modelos de temporalidad de los países que habitualmente nos sirven de inspiración se acomoden, tras las decisiones del TJUE, al Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada. Pretendemos con ello afirmar que el argumento comparado no puede servir como elemento paralizante de una reforma de la contratación temporal en el ámbito interno.

2. ALCANCE DE UNA POSIBLE REFORMA

La sentencia Porras incide desde luego en aspectos capitales y no circunstanciales de nuestro régimen de contratación temporal y obliga a un cambio profundo de modelo que debe, aprovechando el impulso y la necesidad de cambio que sobre él se cierne, intentar superar algunas de sus debilidades, responsables, aunque no exclusivamente, de uno de los males endémicos del mercado de trabajo español: la dualidad y la precariedad. Lo advierte la doctrina más cualificada y no se puede sino coincidir con ella: “Más allá de la sentencia de Diego Porras, es precisa y urgente una reforma completa de la regulación del ET sobre la contratación temporal que contemple su necesidad objetiva y la regule separadamente de la contratación temporal abusiva y fraudulenta”³.

2 Según EUROSTAT con datos relativos a 2015 sólo nos supera Polonia. La EPA del cuarto trimestre de 2016 arroja por su parte una tasa de temporalidad del 26,47%.

3 RODRÍGUEZ-PIÑERO/CASAS BAAMONDE “La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por “causa objetiva”,

3. EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA SENTENCIA PORRAS

Aunque a estas alturas la Sentencia Porrás resulta suficientemente conocida no resulta ocioso detallar sintéticamente algunos de sus puntos clave, con el propósito de facilitar la comprensión de sus repercusiones en el ámbito interno.

A la hora de proponer reformas de la norma nacional, el debate acerca de si la Directiva es o no directamente aplicable carece de sentido, pues no hay ninguna duda de que el legislador debe proceder a la correcta trasposición de la misma, utilizando la sentencia que nos ocupa para interpretarla adecuadamente. Sólo así eludiría el desconcierto aplicativo que recorre ahora nuestro modelo de contratación temporal e, incluso, una eventual responsabilidad patrimonial. Al final de este trabajo tendremos oportunidad de ver con más detalle el debate ahora en curso relativo a la eficacia de la Directiva 99/70.

La sentencia se cimienta sobre el par trabajadores temporales/trabajadores indefinidos, de forma que es a esta comparación a la que es obligado atender y no a la de los temporales entre sí, que queda fuera de la norma europea. Naturalmente el legislador nacional puede hacer esta última comparación, pero la parificación de los temporales entre sí seguiría sin cumplir adecuadamente las exigencias de la Directiva si se mantuviera un diverso tratamiento con relación a los fijos. A buen seguro la exclusión de los trabajadores interinos del sistema indemnizatorio del art. 49.1.c) ET resulta también problemática desde el principio de igualdad y no discriminación que proclama nuestra CE, pero lo que serviría para remediar los inconvenientes de constitucionalidad (equiparación indemnizatoria de los trabajadores temporales) no es suficiente para dar satisfacción a las exigencias de la Directiva. Una muestra más, dicho sea de paso, de que la constitucionalidad de las normas no las inmuniza frente al cuestionamiento procedente de otras sedes, como hemos podido también comprobar a propósito de la Carta Social Europea y su aplicación por los tribunales de nuestro país.

Este juicio de comparación no alcanza exclusivamente a modalidades temporales concretas, sino a todas aquellas en las que el trabajador temporal desempeña un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo.

Si la comparación entre fijos y temporales es posible, por tratarse de trabajos análogos o idénticos, la diferencia de trato solo se justifica si existen razones objetivas que se cifran en: la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, las características inherentes a las mismas o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de septiembre de 2016", DRL, núm. 9, 2016, p. 871.

Finalmente, si el juicio de comparación se lleva a cabo con éxito no cabe establecer condiciones de trabajo distintas para temporales e indefinidos y entre estas condiciones el TJUE incluye expresamente la indemnización por finalización del contrato.

La STJUE reposa entonces sobre el principio de igualdad de trato entre temporales e indefinidos y la interpretación que brinda, centrada en las consecuencias derivadas de la extinción objetiva del contrato temporal, es válida para cualquier modalidad de duración determinada en la que se produzca la quiebra de este principio. Estamos, dicho de otro modo, ante un juicio abstracto de comparación que va más allá de las particularidades del caso concreto del que conoce y es susceptible de extenderse a todas aquellas situaciones en las que se verifique una desigualdad de trato en los términos que la sentencia dispone.

Adviértase que la propia norma europea considera que un contrato de duración determinada es aquel en el que “el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado” (cláusula 3). Desde esta perspectiva todas las modalidades contractuales del art. 15 ET (contratación temporal estructural) y las del art. 11 ET (contratación formativa) acaban regularmente por “condiciones objetivas”.

Desde luego queda afectado el contrato de interinidad por sustitución que es el que analiza la sentencia, pero también cualquier otro contrato en el que se produzca el efecto que la decisión judicial proscribiera: asignar consecuencias indemnizatorias distintas a una conclusión por circunstancias objetivas basándose exclusivamente en la naturaleza temporal o no del contrato. Nótese que se afirma expresamente que aquellas indemnizaciones constituyen condiciones de trabajo sobre las que opera el principio de igual trato que proclama la Directiva 99/70: “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada” (párrafo 32).

La construcción en estos términos de la STJUE hace que potencialmente todas las modalidades del art. 15 ET puedan resultar afectadas, como, por otra parte, ya dan muestras las incipientes decisiones judiciales que sobre el particular se vienen produciendo, no obstante, haya que esperar seguramente a un pronunciamiento por parte del TS. Veamos esta afectación de forma algo más pormenorizada

3.1. CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO

Queda afectado el *contrato de obra o servicio* tanto en su variante ordinaria como en su versión ligada a contrataciones y concesiones: en realidad esta modalidad tempo-

ral ha actuado siempre como una fórmula destinada a garantizar en determinados sectores productivos (fundamentalmente construcción, montajes y empresas auxiliares...) un mecanismo más ágil y barato de extinción objetiva (fin –secuencial– de la obra o conclusión definitiva de la contrata o concesión), esquivando la consecuencias de la fijeza contractual. El contratado por obra o servicio, en las formas más habituales y comunes de esta modalidad, desempeña el mismo trabajo que el fijo comparable, sin que la naturaleza del trabajo, elementos inherentes al mismo o una razón de política social permitan el distinto trato extintivo.

En las decisiones judiciales que hasta este momento se han dictado sobre el particular entienden aplicable al contrato de obra o servicio la doctrina Porras:

La STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016 (rec. 1690/2016), que entiende comparables la situación de un trabajador indefinido con la del contratado por obra o servicio que presta servicios de investigación y desarrollo en un Hospital.

La STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016 (rec. 1872/2016), que entiende comparables la situación de un trabajador indefinido con la del contratado por obra o servicio a pesar de que éste es el único trabajador del centro. Ello obliga, y así lo hace la sentencia, a acudir al convenio colectivo aplicable, donde se comprueba con éxito el juicio de comparación en atención a la categoría profesional y la formación exigida para su desempeño.

La STSJ Galicia 30 de noviembre de 2016 (rec. 3277/2016), que entiende comparable, aunque sea implícitamente, la situación de un trabajador indefinido con la de un peón forestal contratado por obra o servicio y en el marco de una contrata.

La STSJ Andalucía (Málaga) 16 de noviembre de 2016 (rec. 1539/2016), que entiende comparable, aunque sea implícitamente, la situación de un trabajador indefinido con la de un contratado por obra o servicio y en el marco de una encomienda de gestión. La sentencia no aplica la doctrina Porras, pero no lo hace por entender que la Directiva 99/70 carece de efecto horizontal y no porque considere que no se daba una equiparación de supuestos que requiriera una asimilación indemnizatoria, al contrario, la sentencia permite entender que sí se produce tal equiparación.

La SJS Avilés 17 de octubre de 2016 (núm. 337/2016), que entiende comparable, aunque sea implícitamente y en el contexto de una reclamación de cantidad, la situación de un trabajador indefinido con la de unos carretilleros contratados por obra o servicio y en el marco de una contrata.

3.2. CONTRATO DE INTERINIDAD

Queda afectada la *interinidad* en sus dos variantes. De la interinidad por sustitución no cabe duda una vez que la propia sentencia analiza un caso de este tipo, pero tampoco debería haberlas sobre la interinidad por vacante en la que es

evidente que el trabajador que ocupa la vacante se desenvuelve en ésta de igual modo que lo haría el futuro trabajador indefinido que ocupase definitivamente el puesto de trabajo. La extensión de los efectos de la sentencia a la interinidad por vacante provoca otro efecto muy importante: cuestiona la solución jurisprudencial dada al uso irregular de la contratación temporal cuando la misma pasa por la transformación del contrato en “indefinido no fijo” y se permite su extinción por cobertura de la plaza, sin asumir otra indemnización que la prevista para la contratación temporal. Estas situaciones, que se inscriben materialmente en la dinámica de la interinidad por vacante, también darían lugar a un trato desigual y proscrito en las consecuencias indemnizatorias ligadas a la extinción de la relación de trabajo de duración determinada.

Como es lógico la aplicación de la doctrina Porras a los supuestos de interinidad en sus dos variantes también se ha producido en las sentencias que hasta ahora se han dictado, una vez que es mucho más fácil asimilar los supuestos al pronunciamiento del TJUE.

La STSJ Madrid 5 de octubre de 2016 (rec. 264/2014), que es la que recibe la respuesta Porras, como era de esperar entiende, como el TJUE, comparable la situación del indefinido y el interino que lo sustituye al ser el puesto de trabajo “único y por tanto [...] idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación”.

La STSJ Asturias 2 de noviembre de 2016 (rec. 2238/2016) que asume el éxito del juicio de comparación en el caso de una interinidad por vacante, en concreto en el de “una trabajadora interina que ocupa “durante ocho años consecutivos el mismo puesto de trabajo, en tanto se cubría la plaza vacante de forma definitiva, lo que permite concluir no solo que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que durante este largo período de tiempo efectuaba el mismo trabajo que la persona que la remplazó de forma permanente para ocupar en el mismo centro de trabajo, un puesto de trabajo idéntico”.

La STSJ País Vasco 15 de noviembre de 2016 (rec. 1990/2016) en un supuesto (discutible desde el punto de vista de la legalidad del contrato) de interinidad por del que se advierte que se trata de “una situación laborable comparable a la de los trabajadores contratados por la empresa por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo”. Esta sentencia cuenta con un voto particular.

La STSJ País Vasco 22 de noviembre de 2016 (rec. 1991/2016) en un contrato de interinidad por sustitución de un día de duración en el que se considera con éxito el juicio de comparación con el trabajador indefinido comparable. Esta sentencia cuenta con un voto particular.

La SJS núm. 2 de Salamanca (rec. 684/2016) en el marco de una reclamación de cantidad y para un interino que presta servicios de auxiliar de carreteras en

el marco de un contrato que parece una interinidad por vacante, pese a que se advierte que es para sustituir a un trabajador que se jubila voluntariamente.

3.3. CONTRATO EVENTUAL

Afecta también la STJUE a la *contratación eventual* por circunstancias de la producción, que como es conocido es un contrato sometido a término cierto y que, por tanto, también concluye por circunstancias objetivas. Además, dada la causa que lo justifica: el incremento productivo esporádico e imprevisible, ninguna duda existe de que el trabajador eventual lleva a cabo tareas idénticas a las del trabajador fijo comparable (la especialidad del contrato del art. 15.1.b) ET reside en la circunstancia que permite concertarlo y no en una diferencia cualitativa de las tareas a desempeñar por el eventual).

En las sentencias que han empezado a tener en cuenta la doctrina Porras también es posible encontrar supuestos en las que aquella se ha aplicado a contratos eventuales.

La STSJ Andalucía (Málaga) 16 de noviembre de 2016 (rec. 1515/2016) en un caso de acumulación de tareas de limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos en un ayuntamiento y en que la Sala afirma tener pocas dudas de que “las labores desempeñadas por los trabajadores recurrentes, en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada en el Ayuntamiento de Marbella son plenamente equiparables a las del resto de trabajadores fijos que desarrollan su actividad en la atención a los administrados que demandan ayudas sociales”.

La STSJ Andalucía (Málaga) 16 de noviembre de 2016 (rec. 1411/2016) en un supuesto de “necesidad temporal de personal a consecuencia del aumento del administrados que demandan ayudas de servicios sociales afectados por la crisis” en el que las labores desempeñadas por la trabajadora, “en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada son plenamente equiparables al resto de trabajadores fijos que desarrollan su actividad en la atención a los administrados que demandan ayudas sociales”. En el mismo sentido STSJ Andalucía (Málaga) 16 de noviembre de 2016 (rec. 1532/2016).

STSJ País Vasco 22 de noviembre de 2016 (rec. 2146/2016) en un contrato eventual por aumento de la producción en el que el Tribunal vasco considera que “concorre este presupuesto material o experiencial, pues [el trabajador] ha realizado una actividad de especialista, con un salario específico, y no consta ningún tipo de peculiaridad en la actividad que ha llevado a cabo, como pudiera ser un elemento de parcialidad por complemento de su formación o capacidad”.

3.4. OTRAS MODALIDADES SUSCEPTIBLES DE RESULTAR AFECTADAS

El *contrato de apoyo a los emprendedores* que, aunque formalmente se sitúa en el terreno de la contratación indefinida al que la Directiva 99/70 y por ende la Sentencia no alcanza, es materialmente un contrato temporal dado su peculiar

uso del período de prueba y debe verse también afectado por la Sentencia si al mismo se le pone fin durante el período ampliado de prueba, pues también aquí se produce una extinción objetiva en la que se produce una desigualdad de trato injustificada (y más severa dada la ausencia de indemnización alguna). No se desconoce a este respecto lo establecido por el TJUE en Sentencia de 5 de febrero de 2015 (*Nisttahuz*, C-117/14), pero tampoco se olvide que más tarde nuestro TC (STC 119/2014), como ha advertido agudamente algún autor⁴, ha configurado este contrato como materialmente temporal lo que podría cambiar radicalmente la postura del TJUE. No se olvide que el Tribunal europeo ha considerado incluidos en la Directiva 99/70, entre otros, a nuestros trabajadores “indefinidos no fijos”⁵.

Mayor complejidad tiene determinar si la sentencia *Porras* alcanza o no a la *contratación formativa*. En principio el contrato para la formación y el aprendizaje, que goza de una estructura muy particular por el elemento de la formación teórica y la falta de cualificación del trabajador, no sería susceptible de integrar el juicio de comparación. La conclusión no es tan clara, sin embargo, en lo que al contrato en prácticas se refiere donde el trabajador a través de la propia experiencia adquiere las competencias prácticas necesarias y, por tanto, realiza las mismas funciones que un trabajador indefinido comparable.

En este terreno, sin embargo, el legislador español tiene alguna capacidad para no extender las obligaciones que surgen de la Directiva a las relaciones formativas en virtud de la cláusula 2 del Acuerdo. No se trata, en cualquier caso, de una exclusión “cristalina”, pues entre los contratos formativos que diseña el art. 11 ET y las relaciones que son susceptibles de resultar excluidas según el Acuerdo europeo no existe una entera coincidencia. Antes bien, parece que la Directiva queda referida a realidades distintas:

De un lado, el Acuerdo menciona las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje. Exclusión que podría interpretarse que afecta a las relaciones formativas extralaborales como las prácticas en empresas, pero no a los contratos formativos.

Y de otro la cláusula 2 se refiere a los contratos concluidos en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesional, de naturaleza pública o sostenido por fondos públicos. Referencia que tampoco parece confluir conceptualmente con nuestros contratos formativos o no, al menos, en todos los casos.

En la actualidad, por lo demás, el art. 15.6 ET extiende el principio de igualdad a los contratos formativos, sin perjuicio de las especialidades “expresamente previstas en la ley”.

4 LÓPEZ PARADA, “Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14, de *Diego vs. Ministerio de Defensa*”, *Jurisdicción Social*, núm. Extraordinario, octubre, 2016.

5 Asunto *León Medialdea*, C-86/14, de 11 de diciembre de 2014.

También, y por último, es confuso si cabe extender o no los efectos de la sentencia a la *temporalidad motivada por razones selectivas de empleo* (fomento del empleo de trabajadores con discapacidad y contrato de relevo temporal) que es muy probable que constituyan contratos temporales en los que la diferencia de trato pueda ampararse en lo que la STJUE llama “la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro” (párrafo 45). No es, sin embargo, tampoco un criterio meridianamente claro como demuestra la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia a propósito del relevo temporal (no se deje pasar por alto que es un contrato que puede celebrarse también de forma indefinida lo que acredita la intercambiabilidad de las situaciones y su propensión a ser objeto del juicio de comparación europeo).

4. REFORMAS NECESARIAS PARA ADAPTARSE A ESTE PANORAMA

Sin perjuicio del inevitable debate judicial ya en curso, y del que luego daremos cuenta, es imprescindible una reforma legal, que puede alcanzar diversos grados de intensidad, según se quiera o no abordar frontalmente el problema de la temporalidad en nuestro país o limitarse simplemente a salir del paso de los condicionamientos que para nuestro ordenamiento supone la sentencia Porras.

Si esto último es lo que se pretende lo más oportuno sería reformar el art. 49.1.c) ET que, en su actual dicción, no es compatible con el Derecho de la UE. No se trata de una incompatibilidad absoluta, pues, volvemos a insistir, la diferencia indemnizatoria entre fijos y temporales sólo se cuestiona cuando las tareas que realizan unos y otros son asimilables, de forma que sigue habiendo un espacio perfectamente compatible desde el prisma del Derecho de la UE para mantener un distinto tratamiento extintivo por finalización del contrato, lo que no cabe es que éste sea incondicional en los términos actuales del precepto estatutario. Y ello sin entrar a considerar que, desde la óptica constitucional interna, la exclusión de los interinos de las indemnizaciones del resto de temporales parece insostenible desde los parámetros del principio de igualdad que proclama la CE; conclusión avivada, imposible es negarlo, precisamente por la decisión del TJUE.

Con toda razón en el debate académico ha surgido la pregunta de si no será precipitado acometer una reforma de nuestro sistema de contratación temporal a partir del caso Porras. Existen, desde luego, argumentos muy poderosos que aconsejan cautela.

1. La falta de precedente claros en la propia doctrina del TJUE. Se suele citar, y normalmente con el objetivo de atenuar el alcance de la sentencia Porras el asunto *Carratù*⁶, aunque lo cierto es que este último pronunciamiento se mueve en el terreno de la contratación temporal ilícita y no, como sucede en el caso Porras y ya hemos reiterado insistentemente, en el ámbito de la temporalidad

6 STJUE 12 de diciembre de 2013, C-361/12

lícita y ello al margen de que nada impediría al TJUE alterar su entendimiento, sin que, dadas las diferencias entre ambos pronunciamientos, pudiera ni siquiera interpretarse como un apartamiento del precedente.

2. Naturalmente un caso como el que nos ocupa, que ha generado un auténtico terremoto doctrinal y judicial, despierta reacciones encontradas e incluso una profunda incomprensión acerca de lo que ha querido decir el TJUE. No es de extrañar así que los propios órganos judiciales españoles hayan, además de aplicar la doctrina del TJUE, vuelto a acudir prejudicialmente a Luxemburgo insistiendo al TJUE que aclare la postura adoptada para el caso *Porras*. Aunque la interpretación que de la Directiva 99/70 ha hecho el tribunal europeo permitiera considerar que estamos en presencia de un “acto aclarado” que exime de volver a plantear cuestión prejudicial sobre el particular, lo cierto es que incluso así, y como es bien conocido, el Derecho de la UE permite a los órganos judiciales nacionales persistir en el planteamiento de sus dudas acerca de la interpretación que al mismo deba dársele, incluso cuando el objeto de las cuestiones sea reiterativo. Si no es descartable que el propio órgano judicial nacional que ha interpuesto la cuestión prejudicial vuelva, antes de resolver definitivamente, a plantear sus dudas ante el TJUE⁷, mucho menos lo es que otros tribunales insistan en sus preguntas si advierten que la solución que ha dado el Tribunal de Luxemburgo no es clara u ofrece dudas en su aplicación al caso particular del que están conociendo. El planteamiento de cuestiones similares no conduce necesariamente la inadmisión de las mismas, aunque, tal y como prevé el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia en su art. 99, permite una respuesta mediante auto motivado⁸.

Esta posibilidad, como era previsible, ha sido actuada por los tribunales españoles a propósito de la Sentencia *Porras*, esto es, solicitando al TJUE una “interpretación de la interpretación” realizada por él a propósito de la igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos. Es un camino casi obligado si se duda de las consecuencias de la doctrina sentada por el TJUE, una vez que lo que está absolutamente vetado a los tribunales nacionales es hacer caso omiso de la interpretación del órgano judicial europeo.

Que conozcamos han emprendido este camino el TSJ de Galicia (Auto 2 de noviembre de 2016, rec. 2279/2016) a propósito del contrato de relevo temporal (curiosamente una de las modalidades en las que, a nuestro juicio, parece más claro que es posible incorporarlas a la excepción relacionada con los objetivos de política social) y el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid (Auto 21 de diciembre de 2016, proc. 991/2016) en un caso de interinidad por vacante. En ambas cuestiones se le vuelve a preguntar al TJUE qué indemnización corresponde

⁷ STJUE 6 de marzo de 2003, asunto *Kaba II*, C-466/00

⁸ No en vano el TJUE ya ha hecho uso de este mecanismo basándose precisamente y entre otras en la Sentencias *Porras*: Autos 21 de septiembre 2016, asuntos *Álvarez Santirso*, C-631/15 y *Rodica Popescu*, C-614/15.

en caso de conclusión lícita del contrato temporal, interrogando además el Tribunal gallego acerca de si el relevo encuentra cobijo, a efectos de mantener sus particularidades indemnizatorias, en la excepción de política social. Este mismo Tribunal plantea también la duda, muy importante a efectos de la eficacia de la Directiva 99/70, de si “la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la CDFUE, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión”.

No es desde luego tampoco descartable que cuando el TS se enfrente frontalmente al caso Porras plantee también cuestión prejudicial por entender que no se trata de un “acto claro”⁹. Hasta ahora el Alto Tribunal español ha orillado la cuestión entendiendo que no era el momento de pronunciarse sobre los efectos de la doctrina sentada por el TJUE con el argumento formal de que el recurrente era la parte demandada y, por consiguiente, no se suscitaba la cuestión del importe de la indemnización (STS 7 de noviembre de 2016, rec. 755/2015). Sin embargo, dado los términos del debate en suplicación, donde existen ya claras contradicciones, deberá afrontar tarde o temprano el asunto y es incluso delicado cómo debe hacerlo. Si, siguiendo la estela de la STS 8 de junio de 2016, rechazara la interpretación conforme del ordenamiento interno sin plantear cuestión prejudicial, podría incluso suceder que, en cuanto que órgano que resuelve en última instancia, originara con ello un incumplimiento del Derecho europeo, susceptible de reparación patrimonial a cargo del Estado¹⁰.

Se trata, por finalizar con este apartado, de un caso en plena ebullición y del que desde luego es muy difícil vaticinar cuál será el desenlace. Sin embargo, este panorama no debería servir para posponer una intervención del legislador en el sistema de contratación temporal español. Antes al contrario, debería incentivarlo, pues, seguimos reiterando aunque resultemos prolijos, la sentencia Porras no ha hecho más que alumbrar con mayor intensidad de la acostumbrada el grave problema que nuestro ordenamiento tiene con la temporalidad y que se debe enfrentar sin demora. Un problema, por cierto, que no lo es solo, y esta

9 Las doctrinas del “acto claro” y el “acto aclarado” surgen a partir de la conocida Sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto *CILFIT*, 283/81.

10 No es algo que se pueda afirmar categóricamente, pero téngase en cuenta que el Derecho de la UE incorpora la responsabilidad estatal por el incumplimiento judicial desde la Sentencia *Köbler*, doctrina que se ha consolidado en tiempos más recientes a través del asunto *Ferreira da Silva*, C-160/14, 9-9-2015. Ha señalado la doctrina a propósito de esta sentencia que de ella parece deducirse claramente que “la omisión del planteamiento de una cuestión prejudicial puede condicionar, decisivamente, el que la (mera) aplicación incorrecta del Derecho de la Unión Europea (esto es, su simple incumplimiento) se califique como una violación suficientemente caracterizada de éste, con la consecuencia que ello acarrea para la responsabilidad patrimonial del Estado”. Súmense a ello otras posibles consecuencias como pueden ser arriesgar una demanda de incumplimiento por parte de la Comisión o, desde el ámbito interno, la lesión del art. 24.1 CE (STC 232/2015). Al respecto vid. COBREROS MENDAZONA, “Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): La Sentencia *Ferreira da Silva*”, *REDE*, núm. 58, 2016, p. 105-107.

es otra de las virtudes didácticas de la intervención del TJUE, con el abuso y el fraude de las modalidades temporales, sino que afecta también al uso lícito de algunos contratos tradicionales de nuestro ordenamiento que requieren así ser reconfigurados, aunque solo sea para evitar que supuestos de hecho como el que han conducido al pronunciamiento *Porras* vuelvan a producirse.

Tampoco debería orillarse esta intervención legal bajo el argumento de que el trío de sentencias del TJUE sobre la temporalidad en España ponen de manifiesto básicamente un problema que se concentra en el empleo público. Desconocer los graves males del modelo de contratación que durante las últimas décadas se ha ido fraguando en el espacio público no es desde luego de recibo, pero tampoco lo es argüir que aquí se concentran los problemas sin que se puedan derivar conclusiones al ámbito privado que, inmaculado él, no comete aquellas barrabasadas o al menos no lo hace con los contratos de interinidad. Es verdad que en el ámbito de la empresa privada el contrato de interinidad está lejos de suponer el principal de los problemas, pero no se puede ocultar que en su seno se concentran prácticas abusivas cotidianas que las más de las veces quedan ocultas e impunes por las dificultades que los trabajadores precarios encuentran para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, algo menos comprometido en el ámbito del empleo público. Es el de la empresa privada, es verdad, un problema fundamentalmente de incumplimiento de los límites legales para contratar temporalmente, pero no sólo: determinadas construcciones doctrinales y jurisprudenciales han ampliado los límites del art. 15 ET más allá de lo razonable, generado una evidente fractura de tratamiento entre temporales y fijos que debe ser reconsiderada a la vista de los pronunciamientos europeos. Por eso estos también deben servir para incorporar reformas más allá de la interinidad afrontando con nuevas formas el espacio de la causalidad.

En los próximos párrafos deslizamos algunas propuestas en este sentido y cuya rápida adopción también se justifica para paliar el grave problema de seguridad jurídica que el estado actual de cosas provoca. La incertidumbre que rodea los costes extintivos de la contratación en la actualidad es insostenible y, a nuestro juicio, poco compatible con los tiempos procesales a los que la sentencia *Porras* y sus derivados están abocados.

Finalmente, y antes de pasar a las propuestas, queremos también indicar que no hay en la práctica casi ningún peligro de que una reforma de nuestro régimen de contratación temporal, sin esperar al desenlace del caso *Porras*, pueda más adelante resultar incompatible con el Derecho de la UE. Si la transformación se hace en el sentido que marca la decisión europea, esto es abundando en la igualdad de trato entre temporal e indefinidos, se dará un cumplimiento más cabal a la Directiva 99/70, más allá de si era estrictamente preciso o no actuar en tal dirección. Recuérdese que el Acuerdo que se incorpora a la norma europea advierte expresamente en su cláusula 8.1 que “los Estados miembros y/o los

interlocutores sociales podrán mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el presente Acuerdo”. Pasemos, ahora sí, a desgranar algunas propuestas de *lege ferenda*, caminando de lo más sencillo a lo más ambicioso.

4.1. ALTERACIÓN DEL ART. 49.1.C) ET REDUCIDA A LA INDEMNIZACIÓN Y EL ÁMBITO DE LA MISMA

Si se quiere dar satisfacción rápida y poco ambiciosa al caso Porras quizá la vía más directa consista en modificar el art. 49.1.c) ET, equiparando la cuantía indemnizatoria allí prevista a la reconocida para los casos de extinción por causas objetivas en el art. 53.1.b) ET. El incremento indemnizatorio debería alcanzar también a los contratos de interinidad, actualmente excluidos de cualquier suma por finalización, y a los formativos, salvo que respecto de estos últimos el legislador decida explícitamente, tras consultar a los interlocutores sociales, dejarlos al margen de la norma europea basándose en la habilitación que para ello otorga la cláusula 2 del Acuerdo europeo (que no obstante, como ya adelantamos, no es una exclusión segura por la falta de coincidencia conceptual). Opción esta última que puede resultar razonable en atención a las finalidades de política de empleo que se buscan con este tipo de contratos.

Esta solución dejaría todavía algunos flecos pendientes en materia de contratos temporales ligados al empleo como los de relevo o de trabajadores con discapacidad, aunque, se insiste, estos parecen estar amparados en una causa vinculada a la persecución de un objetivo legítimo de política social. Tampoco es posible ocultar que esta respuesta legal, que tiene la virtud de la simplicidad, podría no ser suficiente si se acaba entendiendo que el mandato de igual tratamiento entre fijos y temporales alcanza también a los procedimientos extintivos, pues no hay duda de que la mera alteración del ámbito y el montante indemnizatorio del 49.1.c) seguiría inscribiendo el mecanismo extintivo de la temporalidad en el ámbito de la denuncia y no en el del despido y sus exigencias formales. Sin embargo, no parece adecuada esta ampliación pues de procederse a la misma se produciría en realidad una disolución completa de la contratación temporal justificada en la contratación indefinida, algo que no sería, paradójicamente, compatible con la propia Directiva 99/70 que, es obvio, reserva un espacio a los contratos de duración determinada basados en razones objetivas.

Se trataría, es el peaje a satisfacer por la facilidad de la respuesta, de una solución poco matizada porque, qué duda cabe, extendería la mayor indemnización también al uso de determinados contratos temporales en los que no se produce la asimilación con los fijos (por no llevarse a cabo las mismas o análogas tareas o por existir una razón objetiva que ampare la diferencia de tratamiento). Para evitar tal cosa podría incorporarse al propio esquema del art. 49.1.c) ET el juicio

de comparación europeo (algo similar a: procederá 12 días, salvo que el trabajador haya realizado funciones iguales o análogas a las de un trabajador indefinido comparable en cuyo caso la indemnización se elevaría a 20), pero sería una fórmula en exceso imprecisa que daría lugar a una ingente conflictividad y que por ello mismo debe ser descartada por contribuir más bien poco a la seguridad jurídica y dejar las cosas en un estado similar, por no decir igual, al que actualmente se encuentran en el debate judicial en curso.

La incorporación al art. 49.1.c) ET de los 20 días como indemnización para la conclusión regular de todo contrato temporal (excepto de los ligados a motivos de empleo y los formativos si el legislador actúa la capacidad de dejarlos al margen de la Directiva) resolvería también otra de las consecuencias ya advertida de la Sentencia Porras. Se trata de la que afecta a los remedios jurisprudenciales ideados por la jurisprudencia para dar respuesta al mal uso de la contratación temporal por las Administraciones Públicas. Sin detenernos ahora en su análisis, baste afirmar que el principio de no discriminación también alcanzaría a la conclusión del contrato indefinido no fijo (que es materialmente una interinidad por vacante) por cobertura definitiva de la plaza. A dicha extinción, que la jurisprudencia viene asimilando a la conclusión de un contrato temporal, se le asignarían las consecuencias indemnizatorias del art. 49.1.c) que, al recoger el montante previsto en el art. 53 ET, acabaría también con la eventual discriminación en este ámbito.

En realidad, este régimen de equivalencia indemnizatoria entre temporales e indefinidos no es por completo desconocido en nuestro sistema de contratación laboral, pues de alguna forma, aunque más indirecta, se pretendió llegar a él con el juego combinado de la elevación de la indemnización por conclusión del contrato temporal y la asunción por el FOGASA de una parte de la indemnización derivada de la extinción por causas objetivas del contrato en las pequeñas empresas. Tal fue el régimen que resultó de la Ley 35/2010 y que ya no se mantiene por la retirada de la responsabilidad directa del FOGASA en materia de indemnizaciones por despido.

Por lo demás, no se puede dejar de advertir que esta elevación de los costes de la contratación temporal, más allá de que surja o no del Derecho de la UE, es una vía atendible en un país que como el nuestro asiste impotente a un uso desmesurado de la contratación temporal, inimaginable a la vista de los límites sobre los que se asienta el art. 15 ET. Hay por tanto también razones de oportunidad que podrían abogar a favor de esta indemnización, que procuraría cumplir una función disuasoria del uso de la temporalidad y que naturalmente debería combinarse con otras medidas, especialmente en el ámbito de la temporalidad ilícita cuyas consecuencias deberían agravarse, separando así la brecha tanto respecto de los contratos de duración determinada bien utilizados como respecto a las consecuencias de la improcedencia en el despido. Reforzando, en suma, el carácter disuasorio de los remedios contra el mal uso de la temporalidad.

Se dirá, y el argumento es poderoso, que actuar en el terreno de los costes y además cuando los contratos están bien utilizados supone de algún modo naturalizar la contratación temporal y derivar el problema a donde no están: a los usos correctos de la temporalidad y no a los fraudulentos. Sin restar importancia a esta objeción, lo cierto es que las dificultades de todo tipo que impiden en la práctica que el modelo de contratación temporal español se atenga a los límites legales, conducen a sopesar la oportunidad de este gravamen incondicional a la finalización de los contratos temporales.

Sin embargo, lo que la sentencia Porras nos enseña no se reduce tan solo a cuáles deben ser las consecuencias de la extinción de la contratación temporal y su comparación con las establecidas para los trabajadores fijos. Nos permite comprobar adicionalmente y de forma muy nítida que el ámbito objetivo del art. 15 ET puede en ocasiones dar lugar, al menos desde una interpretación estricta y formal, a usos desmesurados de la temporalidad difícilmente comprensibles desde los estándares de la estabilidad en el empleo. Poner remedio a estas situaciones, empezando por la interinidad por sustitución a la que la sentencia se refiere, debe ser otro de los objetivos de una futura reforma del régimen legal de la contratación temporal. Depurar el art. 15 ET de usos que claramente extralimitan un modelo razonable de temporalidad constituye una prioridad. Veamos algunas propuestas en este sentido comenzando con la interinidad que supone el contrato sobre el que se levanta la Sentencia Porras.

4.2. ESTABLECER UN PLAZO MÁXIMO PARA LA INTERINIDAD E INCORPORARLA A LA PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO SUBJETIVO

Sin duda en la Sentencia Porras es muy llamativo el hecho de que la trabajadora interina afectada mantuviera tal condición temporal durante una década. Quizá una interpretación sistemática y finalista del art. 15 ET debería haber evitado este alargamiento de la interinidad a todas luces excesivo, pero prevaleció una exégesis formal. Quizá por ello sea también necesario evitar expresamente desde la Ley estas duraciones desproporcionadas.

En este sentido podría, en primer lugar, evitarse el uso sucesivo de la interinidad incorporando la misma al límite que para el encadenamiento señala en el art. 15.5 ET del que actualmente se encuentra excluida. En segundo término, cabría, de forma similar a lo que acontece con la obra o servicio determinado, fijar un plazo máximo de duración que una vez superado transformara el contrato en indefinido (no, por tanto, un término resolutorio cierto incompatible con la naturaleza jurídica de la interinidad). Una opción transitable sería quizá fijar ese plazo máximo en los 12 meses, haciéndolo coincidir así con la duración máxima que, de ordinario y sin prórrogas, puede llegar a alcanzar la IT o 18 meses para incorporar las posibles extensiones de las ausencias por IT. Transcurrido el plazo el contrato se transformaría automáticamente en indefinido y las condiciones

de extinción serían las generalmente dispuestas para este tipo de contratación, sin necesidad de señalar una causa objetiva específica dado que la eventual reincorporación del trabajador sustituido más allá del plazo máximo previsto para la temporalidad podría actuar fácilmente como una causa organizativa de extinción. No obstante, no sería tampoco descartable que, como ya se ha hecho en algunas otras ocasiones, el art. 52 ET abriese sus puertas a una nueva causa extintiva relacionada con la reincorporación del trabajador sustituido más allá del plazo máximo señalado para la interinidad.

Se origina así una fórmula que logra garantizar un equilibrio entre la capacidad de las empresas para sustituir a su personal temporalmente ausente y la protección de la estabilidad de los propios interinos, al limitar el tiempo máximo en que se puede mantener tal situación provisional. Naturalmente el estatus del interino una vez sobrepasado el tiempo máximo sigue siendo peculiar, pues sobre él pende la posibilidad de que la reincorporación del sustituido ponga fin a su contrato, pero en todo caso lo hará desde parámetros claramente más protectores como son los del despido y no los de la denuncia, sin que además operen como mecanismo extintivos otras situaciones vinculadas a la extinción del derecho de reserva del trabajador ausente que no impliquen la reincorporación de éste.

4.3. MÁS ALLÁ DE LA INTERINIDAD: REORGANIZAR LOS ESPACIOS ENTRE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL DESPIDO

Y este camino de reorganizar el ámbito del art. 15 ET y llevar a la contratación indefinida algunos de sus usos, con opción en su caso por el señalamiento de nuevas causas extintivas por circunstancias objetivas, debería frecuentarse en otros casos y muy especialmente a nuestro entender en el contrato de obra y servicio determinado.

De hecho, una reforma amplia del art. 15 ET sería un camino para llevar las enseñanzas de la sentencia *Porras* a nuestra legislación, evitando que pudieran usarse las modalidades temporales para hacer funciones iguales o análogas a las de un trabajador fijo. En otros términos, se trataría de sacar del ámbito lícito de la temporalidad determinados usos y residenciarlos en el ámbito de la contratación indefinida, evitando así de raíz un tratamiento indemnizatorio y de otro tipo diferente. Se reforzaría el ámbito de la causalidad temporal y se conjuraría cualquier posibilidad de que la discriminación detectada por el TJUE se produjera. Con ello además se situaría con más precisión el debate en el verdadero problema de la temporalidad en nuestro país: el de su uso irregular.

En el ámbito de la obra o servicio tal cosa podría hacerse limitando el contrato exclusivamente a tareas distintas de la actividad normal de la empresa y cerrando expresamente la puerta a su uso vinculado a contratos y concesiones. De este modo buena parte del tráfico contractual que ahora soporta el art. 15.1.a) ET se

desplazaría a la contratación indefinida, en la que debería estar de no ser por lecturas jurisprudenciales amplias con el uso de este contrato. La obra o servicio sería así la que con autonomía y sustantividad se produce fuera de la actividad normal de la empresa y podría mantener su tratamiento indemnizatorio actual, una vez que las tareas del trabajador temporal contratado por esta vía y el indefinido no serían asimilables.

No obstante, si se quieren atender las especiales necesidades extintivas de los sectores de producción inconstante y auxiliares, la reforma del art. 15.1.a) ET podría combinarse con la introducción expresa en el art. 52 ET de una causa de despido objetivo vinculada a la conclusión de la obra (construcción) o a la conclusión definitiva de la contrata o concesión (sin entrar a considerar en este momento la entrada en escena de otras instituciones laborales y especialmente la de la subrogación). Eso sí esta causa operaría ya en el ámbito del despido y sus garantías y en el marco de un contrato de duración indefinida. Quedando legalmente proscrito el uso de la obra y servicio en los fenómenos de descentralización productiva o como mecanismo de gobierno de las extinciones en sectores cuyos ciclos productivos experimentan grandes fluctuaciones de mano de obra.

En el ámbito del contrato eventual podría operarse de forma similar, aunque no se puede desconocer que aquí la tarea entraña mayores dificultades. El art. 15.1.b) ET debería asegurar que el trabajador fuera empleado exclusivamente en las tareas que se han incrementado de manera imprevisible para conjurar cualquier posibilidad de que realizase las mismas labores que un fijo comparable y evitando así que se produzca el supuesto de hecho de la STJUE. Esta exigencia, a nadie se le oculta, es especialmente compleja porque en verdad las tareas incrementadas a atender por el eventual no guardan diferencias cualitativas con las del resto de trabajadores, pero sería en todo caso una manera de evitar el juicio de comparación y mantener, para el uso estrictamente causal de la eventualidad, el régimen indemnizatorio actual.

Finalmente, en lo que a la interinidad se refiere, lo cierto es que la sentencia deja muy poco espacio al uso de este contrato sin asumir los costes indemnizatorios previstos para el despido objetivo (quizá el único supuesto, ya en sí mismo dudoso, sea el de la sustitución de trabajador temporal que no desempeñe las funciones de uno fijo), de modo que lo más adecuado sería reconocer a la conclusión del contrato el importe de 20 días previsto en el art. 53 ET, sin perjuicio de que se pudiera operar también en la duración de la interinidad para evitar situaciones tan asombrosas de “temporalidad perenne” como las que han dado lugar a la sentencia del TJUE y que ya hemos explicitado algunos párrafos atrás.

En cuanto a la variante impropia de la interinidad, la vinculada a plazas vacantes, debería considerarse seriamente su desaparición en el ámbito privado, limitando su campo operativo al empleo público donde además debe recibir un límite temporal máximo, transcurrido el cual el contrato se transforma en indefi-

nido (no fijo). Este límite debería ser también de 18 meses y no el excesivamente amplio de 3 años que se encuentra en el art. 70 EBEP. Repárese que esta configuración de la interinidad por vacante en el empleo público, con sometimiento a un plazo máximo de duración, no es extraña a la esencia del contrato, sino todo lo contrario se trata de un molde que ya había recibido el aval jurisprudencial. Así la STS 14 de octubre de 2014 (rec. 711/2013), con cita de sentencias anteriores, advierte que cuando el contrato de interinidad por vacante supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con el art. 70.1 EBEP la relación contractual deviene indefinida no fija; y la extinción de una relación de tales características debe someterse a las previsiones de los arts. 51 o 52 ET. De nuevo, por tanto, la cobertura de vacantes por encima de estos límites se lleva al terreno de la contratación indefinida y, en su caso, a la extinción ordinaria, procedimiento de despido incluido (abstracción hecha en este momento de las particularidades de los “indefinidos no fijos”). Esta alteración debería afectar también a la línea jurisprudencial que permite prescindir del procedimiento de despido en caso de cobertura de plaza que afecta al indefinido no fijo.

El traslado parcial de las causas de temporalidad desde el art. 15 ET hasta el art. 52 ET, donde funcionarían en su caso como causas de despido operativas en contratos indefinidos, permite resolver la desigualdad de trato que denuncia la STJUE, parificando los componentes indemnizatorios y también (aunque sobre esto no se detiene la sentencia pero no hay duda de que podría suponer un nuevo problema de trato desigual) las propias formalidades a la hora despedir (carta de despido, entrega simultánea de la indemnización, etc. Y naturalmente la acreditación de la causa del despido y la posibilidad de ser judicialmente revisada).

Por último, la reorganización de los espacios entre el art. 15 ET y el art. 52 ET debería tener también su reflejo en el art. 49.1.c) ET, donde además de las consecuencias derivadas de la STJUE se debe prestar atención a las carencias de nuestro ordenamiento en materia de preaviso. En verdad este precepto debería, salvo para la interinidad, seguir manteniendo los montantes indemnizatorios, que ya, por efecto de la reordenación de los arts. 15 y 52 ET, serán aplicables exclusivamente a usos de la temporalidad que, por no dar lugar a actividades idénticas a las desempeñadas por los trabajadores fijos (obra y servicio para tareas ajenas a la actividad normal de la empresa y a lo sumo contrato eventual en el que el trabajador se ocupa de las exigencias del incremento productivo), no pondrían en cuestión el principio de igualdad de trato proclamado por el Derecho de la UE.

5. OTRAS CONSECUENCIAS

Otra de las ventajas de operar sobre el art. 15 ET consiste en que las restricciones incorporadas a este precepto se trasladan automáticamente a la contratación vía ETTs, que verían así reducida su operatividad y la posibilidad de que por esta vía se pusiera en jaque la igualdad conseguida en la contratación temporal directa

(las ETTs, como se sabe, se someten a una Directiva propia sin que en principio resulten afectadas por la STJUE lo que podría dar lugar a cierto trasvase desde la contratación directa a la indirecta).

La última consecuencia, ya anticipada, que queremos resaltar es la que afecta a los remedios jurisprudenciales ideados por la jurisprudencia para dar respuesta al mal uso de la contratación temporal por las Administraciones Públicas. No parece posible que cuando el contrato considerado indefinido no fijo (que es materialmente una interinidad por vacante) se extinga por cobertura definitiva de la plaza vacante (no en los casos de amortización donde tal problema no se produciría), a dicha extinción, que se enmarca también en la dinámica del despido objetivo, se le asignen las consecuencias indemnizatorias del art. 49.1.c) ET, tal y como venía manteniendo la jurisprudencia: “En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto [...] La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (STS 7 de noviembre de 2016, rec. 755/2015, que, sin embargo y como ya hemos indicado, rechaza expresamente pronunciarse sobre la doctrina Porras).

También en estos casos, el principio de igual de trato temporales/indefinidos exige la indemnización del art. 53 ET. Algo que se debería hacer constar expresamente en la DA 16ª ET.

No obstante, sobre este último aspecto también han comenzado a reaccionar las primeras decisiones judiciales sobre el caso Porras a pesar de que el TS haya esquivado pronunciarse alegando motivos formales: “quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización”.

La STSJ Galicia 26 de octubre de 2016 (rec. 2059/2015) advierte que “los jueces de lo social españoles estamos obligados a aplicar el contenido de dicha sentencia [Porras], con prioridad sobre el art. 49.1 c) ET [...] Y tratándose en el caso de la demandante de una relación laboral indefinida no fija, la indemnización de 20 días por año que fija la STJ es procedente”.

La STSJ Asturias 8 de noviembre de 2016 (rec. 2142/2015) por su parte señala que “atendiendo al criterio del TJUE, vinculante en nuestro ordenamiento, hemos de atribuir al trabajador recurrente la misma indemnización que le correspondería a un trabajador indefinido cuyo contrato se extingue válidamente por

causas objetivas. Téngase en cuenta que la Directiva 1999/70, que recoge el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, es de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos. Siendo así, estos trabajadores, amparados por la antedicha Directiva, no pueden tener un trato menos favorable que un trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas legalmente previstas”.

6. EL GOBIERNO DE LA SITUACIÓN TRANSITORIA

Sería también preciso incluir un régimen transitorio que aclarase las consecuencias de la STJUE y reforzara la seguridad jurídica, precisando hasta dónde alcanzan las posibilidades de los trabajadores de reclamar diferencias indemnizatorias como consecuencia de haber visto extinguidos sus contratos temporales afectados por la doctrina Porras.

Téngase en cuenta que en este terreno las posibilidades del legislador nacional están ciertamente limitadas como consecuencia de los efectos temporales que se atribuyen a las sentencias europeas y que no son disponibles, salvo que el propio TJUE lo permita lo que no ha sido el caso de la sentencia Porras.

En efecto la regla general que se mantiene en el Derecho de la UE es que las consecuencias interpretativas de una Sentencia del TJUE son retroactivas. En otros términos: “El principio general al respecto es que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace del Derecho de la Unión —y que el órgano jurisdiccional nacional tiene que aplicar de seguido— aclara y precisa el significado y el alcance de la disposición [...] *tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde la fecha de su entrada en vigor; de lo que resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación* (obviamente, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma)”¹¹.

Esta regla general sólo puede romperse excepcionalmente y solo lo puede hacer el propio Tribunal europeo, algo que no ha hecho en el caso Porras. Se trata de una conclusión especialmente importante, pues implica que ni los jueces, ni el legislador nacional pueden limitar los efectos retroactivos de una sentencia interpretativa del TJUE sin oponerse al Derecho europeo. Se trata de una decisión que queda claramente al margen de sus competencias y así lo ha recordado el propio Tribunal de Justicia en alguna ocasión. En la Sentencia 2 de febrero de 1988, asunto Barra, C-309/85, advirtió expresamente que una Ley nacional que somete las consecuencias de una determinada interpretación del Derecho europeo a que se hubiera ejercitado la acción de reembolso con anterioridad a la

¹¹ COBREROS MENDAZONA, “Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, RVAP, núm. 105, 2016, p. 73, quien cita para el texto en cursiva la STJUE 27 de febrero de 2014, asunto *Jordi Besora*, C-82/12.

Sentencia es una Ley contraria al Derecho de la Unión y los órganos jurisdiccionales nacionales no la deben aplicar¹² (conclusión, por cierto, que ha de tenerse presente a la vista del actual art. 32.5 de la Ley 40/2015 y que más adelante trataremos).

No tiene, por tanto, capacidad el legislador español como tampoco los jueces nacionales para evitar que aquellos trabajadores temporales que se sientan amparados por la sentencia Porras reclamen las indemnizaciones correspondientes, aunque sus contratos se hubieran extinguido antes de la sentencia y siempre y cuando no hubieran transcurrido los plazos de prescripción de sus derechos.

El gobierno, por tanto, de la situación transitoria debe ir más encaminado a ordenar estas reclamaciones desjudicializándolas en la medida de lo posible o, incluso, estableciendo mecanismos de compensación.

7. MÁS ALLÁ DE LAS EXIGENCIAS DE LA SENTENCIA PORRAS

La reforma, ya se ha dicho, debería también aprovecharse para solucionar algunos problemas graves de nuestro modelo de contratación temporal. Debe dejarse claro que la STJUE y sus consecuencias legales no afectan en principio a los efectos del uso irregular de la temporalidad. La falta de causa para contratar temporalmente o el incumplimiento de las exigencias sustantivas de las distintas modalidades de duración determinada siguen provocando la transformación en indefinido del contrato y, en la interpretación jurisprudencia mayoritaria, la consideración de la situación como un despido improcedente con las consecuencias indemnizatorias previstas para tal caso y superiores al despido procedente objetivo. Este esquema no debe verse afectado por la sentencia Porras. Cuestión distinta es que sea suficiente. Quizá la reforma debe aprovecharse también para introducir consecuencias más severas en el uso abusivo de la contratación temporal desincentivando de forma decidida este proceder tan generalizado de nuestra contratación laboral.

Debe finalmente aprovecharse la oportunidad para derogar el contrato de apoyo a los emprendedores. Su uso ha sido bastante modesto, está rodeado de incertidumbres, pues su constitucionalidad (sometida en todo caso a revisión según la fórmula de la STC 119/2014) no ha evitado que siga siendo considerado por algunas decisiones judiciales contrario a la CSE y estas dudas se multiplican tras la STJUE, haciendo poco recomendable mantener el período de prueba anual. Ello justifica directamente prescindir de esta modalidad tan distorsionadora de nuestro modelo de estabilidad en el empleo y que, recuérdese, si se considerara un contrato materialmente temporal, como ha hecho el TC sin ir más lejos, estaría claramente afectado por la Sentencia Porras.

12 COBREROS MENDAZONA, "Efectos temporales de las sentencias...", *op. cit.*, p. 89.

8. CUESTIONES FINALES: EFICACIA DE LA DIRECTIVA 99/70 Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En este escrito en el que fundamentalmente hemos pretendido ofrecer algunas propuestas de *lege ferenda* para incorporar a nuestro ordenamiento las enseñanzas de la sentencia Porras, no es estrictamente necesario prestar atención al debate judicial en curso acerca de si la Directiva 99/70 y, por ende, la sentencia que la interpreta, es directamente aplicable o no por los órganos judiciales españoles desplazando, en su caso, la normativa nacional que se opone a ella o interpretándola conforme nos dice el TJUE.

Y decimos que no es estrictamente necesario porque si establecemos un diálogo directo con el legislador éste no puede, bajo argumento alguno, dejar de aplicar los mandatos de la Directiva en la forma en que los interpreta el TJUE, que, dicho sea de paso, demuestra que nuestro Ordenamiento no destaca precisamente por haber hecho un buen trabajo en la trasposición de aquella norma y el Acuerdo que contiene.

Sin embargo, tampoco se oculta que el hecho de que el mal hacer del legislador, a la hora de incorporar la norma de la UE a nuestra legislación, puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad frente aquellos particulares que se han visto afectados por ello. Merece la pena, por tanto, acercarse a este debate¹³ porque de él también podrían derivarse consecuencias que una futura reforma legislativa no debería orillar.

8.1. EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS EN EL DERECHO DE LA UE

Recuerde el lector que seguramente una de las peculiaridades más intensas, a la par que conocidas, del sistema de fuentes de la hoy UE la constituyen esas normas denominadas directivas. Se trata de productos jurídicos que se dirigen a los Estados miembros imponiéndoles, con mayor o menor margen de decisión,

¹³ No es, como se sabe, el único debate en curso acerca del caso Porras. Además del referido a la eficacia de la Directiva 99/70 hay otro de especial importancia y que ha dado lugar a interpretaciones distintas en los TSJ. Se trata de la discusión en torno al principio de congruencia y de si cabe o no apreciar de oficio la indemnización que surge de la Sentencia Porras aunque las partes no la hayan solicitado. Recientemente, y de forma contraria, a las posiciones mantenidas por otros TSJ (País Vasco, Galicia, Andalucía –Málaga–, Asturias en sentencias que citamos a lo largo del texto) el de Cataluña (STSJ 30 de diciembre de 2016, rec. 3593/2016) ha entendido que como “la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiese corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiese tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado”. Esta imposibilidad procesal, así como la remisión a la responsabilidad patrimonial (que, como veremos, funciona como elemento final y no alternativo en la garantía de los derechos reconocidos por el derecho de la UE) puede comprometer el principio de efectividad del Ordenamiento europeo, como con sólidos argumentos advierte el voto particular a la sentencia catalana.

alcanzar un determinado resultado, de modo que se trata de un tipo de normas que requiere la intermediación estatal, la correcta transposición, para resultar plenamente eficaces. El art. 288 TFUE así lo advierte cuando establece que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Es, lo venimos diciendo desde el inicio, precisamente una de estas normas la que está en la base de la sentencia Porras, con la particularidad añadida de que la norma europea se limita además a recoger un Acuerdo entre los interlocutores sociales europeos. Esta circunstancia hace que para tener un cabal conocimiento de hasta dónde llegan las consecuencias de la interpretación que el TJUE ha vertido a propósito de esta Directiva tengamos, siquiera sea de forma somera, que recordar qué efectos atribuye el Derecho de la UE a las directivas cuando las mismas no han sido correctamente actuadas por los Estados miembros, como ha sucedido en este caso en el que, recuérdese, el TJUE ha advertido expresamente que “La cláusula 4 del Acuerdo [...] se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables”. En otros términos, ha reconocido la deficiente incorporación a nuestro Ordenamiento de la Directiva 99/70.

El mantenimiento de la integridad del Ordenamiento europeo tiene, como se sabe, una multiplicidad de vías que van, en el caso que nos ocupa, desde el recurso por incumplimiento hasta otorgar ciertos efectos a la directiva que no se ha observado correctamente. Y es en este último terreno donde se viene produciendo el debate entre las resoluciones judiciales que por el momento han acometido las consecuencias de la doctrina Porras.

Si el Estado miembro, una vez transcurrido el plazo de transposición de la directiva, no ha incorporado ésta correctamente al Derecho interno el Tribunal de Justicia viene estableciendo, no sin cierta confusión, diversas consecuencias:

A) Aplicación directa de la directiva si su contenido es incondicional y suficientemente preciso, lo que supone, en atención a la doctrina *Becker*, la aplicabilidad de las disposiciones de una directiva no solo cuando generan derechos subjetivos para los particulares, sino también cuando el particular tiene interés en invocarlas frente a inejecuciones o ejecuciones incorrectas¹⁴. A este respecto repárese que a propósito precisamente de la Directiva 99/70 el TJUE ha declarado que “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional” (Sentencia 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, ap. 68). Por su parte la STJUE 12/12/2013, *Carratù*, C-361/12,

14 ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4ªed., Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 284.

concluye que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocada directamente contra un organismo entidad estatal como Poste Italiane SpA”.

B) Esta eficacia directa, no obstante, se limita a las relaciones verticales, de modo que sólo cabe su exigencia por parte de los particulares frente a los poderes públicos, pero no a la inversa (el Estado frente a los particulares) o de los particulares frente a otros particulares. Se limita así el efecto directo a las relaciones verticales y se impide su operatividad en las horizontales. Como se sabe, y también ha advertido nuestro TS, el concepto de Estado que se extrae del Ordenamiento de la UE es muy amplio e incorpora las actuaciones de éste, bien en su condición de empleador, bien como autoridad pública. Incorporando a la noción todos los “organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes” (FJ 11º STS 8 de junio de 2016, rec. 207/2015, recogiendo la doctrina *Domínguez y Portgás* del TJUE).

C) Sin embargo, esta falta de operatividad de las directivas en las relaciones *inter privatos* goza de una importante excepción cual es la de aquellas que se limitan a concretar principios generales del Derecho de la UE, en cuyo caso podrán ser invocadas también frente a particulares, provocando, si no es posible la interpretación conforme, incluso el efecto exclusión de la norma interna contraria a las mismas¹⁵. A este respecto recuérdese que, tras el Tratado de Lisboa, la CDFUE goza del valor de los Tratados: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6 TUE).

D) Para el resto de directivas que, por no ser concreción de principios generales, no pueden invocarse frente a particulares el ordenamiento de la UE impone a los órganos judiciales la interpretación conforme del Derecho nacional, de modo que estos deben “tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el

15 Las sentencias capitales de esta construcción, referidas al principio de no discriminación por razón de la edad, son: *Mangold*, C-144/04, 22 de noviembre de 2005; *Kücükdeveci*, C-555/07, 19-1-2010; *Prigge*, C-447/09, 13-9-2011; y *Dansk Industri*, C-400/93, 19-4-2016. Sobre esta peculiar eficacia horizontal, determinante del efecto exclusión de la norma interna, se ha pronunciado recientemente la Sala IV del TS en STS 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015) con una interpretación limitativa: “para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no sólo es preciso la inclusión de tal derecho en la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea «suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo»”. La sentencia cuenta con un voto particular que discute la fundamentación jurídica en este punto.

fin de alcanzar el resultado que ésta persigue¹⁶. La interpretación conforme está sometida, no obstante, a límites. En concreto, “la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁷. Sin embargo, en ningún caso impide la interpretación conforme la existencia de una “jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva¹⁸”.

E) Finalmente, a modo de cierre del sistema, si la directiva que ampara los derechos del particular no ha podido ser actuada por carecer de eficacia horizontal y por la imposibilidad de interpretar el ordenamiento interno en un sentido que permita alcanzar el resultado que la norma europea persigue, el TJUE permite a los particulares afectados solicitar un resarcimiento por el daño que el incumplimiento del Derecho de la UE les ha provocado, surgiendo así la responsabilidad patrimonial del Estado infractor. Merece la pena, no obstante, indicar en este mismo momento que esta vía resarcitoria sólo se abre cuando la posibilidad de conseguir el resultado perseguido por la directiva es inviable conforme a las reglas antes expuestas. O, en otros términos, la posibilidad de que los particulares titulares de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión soliciten un resarcimiento no puede cuestionar la obligación del tribunal de dar prioridad a la interpretación conforme o, en su caso, a la inaplicación de la norma nacional cuando la directiva sea concreción de un principio general del Derecho de la UE¹⁹. Este matiz es importante porque supone que no cabe dar carpetazo a los problemas de compatibilidad del Derecho interno y el Derecho de la UE con el expediente simple de remitir al particular afectado a la ventanilla de la responsabilidad patrimonial del Estado.

8.2. LA RECEPCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL ANTES DE LA DOCTRINA PORRAS. ALGUNOS EJEMPLOS.

La apretada síntesis que acabamos de hacer acerca de las posiciones mantenidas por el TJUE a propósito de los incumplimientos que afectan a la trasposición adecuada de las directivas europeas, ha sido lógicamente objeto de recepción en nuestro ordenamiento interno y, más concretamente, por parte de la jurisprudencia del orden social.

16 Sentencias *Pfeiffer*, C-397/01 a C-403/01, ap. 113 y 114, y *Kücükdeveci*, C-555/07, ap. 48

17 Sentencias *Impact*, C-268/06, ap. 100; *Domínguez*, C-282/10, ap. 25, y *Association de médiation sociale*, C-176/12, ap. 39

18 De nuevo *Dansk Industri*, C-400/93, 19 de abril de 2016, aps. 33 y 34.

19 Sentencia *Dansk Industri*, C-441/14, ap. 42, que además advierte que esta prioridad no puede quedar afectada por la invocación de “los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación”.

Antes de que irrumpiera en nuestro ordenamiento la sentencia Porras el TS había tenido oportunidad través del mecanismo de la interpretación conforme de superar defectos en la transposición de las normas europeas.

Por su cercanía al caso a que ahora nos ocupa merece la pena destacar la STS 6 de octubre de 2015²⁰ en ella básicamente se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración la indemnización prevista para la conclusión de los contratos temporales en el art. 49.1.c) ET cuando su contrato se extingue por cobertura de la plaza. Lo importante de esta sentencia, a los efectos que ahora a nosotros nos interesan, es comprobar cómo el TS, mediante el reconocimiento de esa indemnización, pretende dar cumplimiento a un Auto del TJUE²¹ que, sobre la base precisamente de la Directiva 99/70, había considera contrario a la misma que la legislación española no incluyera ninguna medida efectiva para sancionar el abuso de la contratación temporal sucesiva en el sector público. Encargando, además y de forma explícita, al juzgado remitente de la cuestión prejudicial “dar a las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en toda la medida de lo posible, una interpretación conforme con el Derecho de la Unión”. En búsqueda de esa acomodación de nuestro ordenamiento a lo declarado por el Tribunal europeo el TS entiende que se ajusta plenamente a sus requerimientos la solución consistente en conceder al demandante –indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante– la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET. Adviértase que, más allá de que se coincida o no en si con ello se frenan adecuadamente los abusos en la contratación temporal, lo cierto es que el TS no ahorró en la intensidad de la interpretación conforme: era difícil extender el 49.1.c) ET a un contrato que el propio Tribunal adjetiva como “indefinido” y que se asimila a una interinidad, precisamente una de las modalidades excluidas del mecanismo indemnizatorio del art. 49.1.c) ET. Pese a ello no se entendió que existiera aquí una interpretación *contra legem*.

Es también de especial interés tener en cuenta la propia jurisprudencia constitucional que ha advertido que la omisión por un tribunal nacional de la aplicación de una norma europea en el sentido que la interpreta el TJUE puede dar lugar a una infracción del art. 24 CE. En este sentido destaca la STC 232/2015 que es de especial importancia en nuestro caso, una vez que analiza precisamente la Directiva 99/70, cuyo principio de igualdad considera aplicable con exclusión de la norma interna incompatible. Literalmente dispone el TC que el “principio de primacía del derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para casos semejantes (Sentencias del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, para un caso idéntico al que

20 Rec. 2592/2014; antes de ella, aunque menos explícita, la STS 31 de marzo de 2015, rec. 2156/2014.

21 De 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14

la Sala de Madrid debía resolver, como era el caso Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto “aclarado” por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo” (Sentencia Cilfit de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso”; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente”.

Finalmente, es de obligada cita la ya mencionada STS 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015)²² en ella el TS lleva a cabo un completo estudio de las relaciones entre el Ordenamiento de la UE y el nuestro propio que, en ocasiones, se muestra muy restrictivo. Especialmente, como ya hemos mencionado, a la hora de fijar las condiciones en las que las directivas, por ser concreción de principios fundamentales de la UE, deben ser aplicadas directamente a las relaciones horizontales. Se trata de un tema capital que sin duda se mostrará decisivo para ofrecer una solución al caso Porras, aunque en este último parece mucho más complejo negar el enraizamiento del principio de igualdad fijos-temporales con la CDFUE, a efectos de proclamar su directa eficacia y el efecto exclusión de la norma interna. La relevancia de esta sentencia es que puede constituir un anticipo de lo que puede decidir el TS en el caso Porras, motivo por el cual es inquietante comprobar las limitaciones que se autoimpone el Tribunal en la interpretación conforme y las consecuencias a las que ello aboca²³: a la responsabilidad patrimonial del Estado, instancia tortuosa y que estará lejos de ofrecer una garantía adecuada a los derechos que a los trabajadores temporales les reconoce el Derecho de la UE.

8.3. EL DEBATE JUDICIAL EN CURSO ACERCA DE SI ES O NO DIRECTAMENTE APLICABLE LA DOCTRINA PORRAS

Como el lector ya podrá intuir la recepción de la doctrina Porras en nuestro ordenamiento presenta toda la complejidad de las relaciones entre los ordenamientos internos y el Derecho de la UE a la que nos hemos referido párrafos más atrás. No es así de extrañar que las incipientes resoluciones judiciales que sobre

22 Una razonada crítica a esta sentencia desde la perspectiva del Derecho de la UE y que compartimos plenamente y hacemos nuestra es la de LÓPEZ PARADA, “Un retroceso en la primacía del Derecho europeo: La STS de 8 junio de 2016 sobre retribución de las vacaciones”, *RDS*, núm. 75, 2016, p. 121 y ss.

23 De nuevo LÓPEZ PARADA, “Un retroceso en la primacía...”, *op. cit.* p. 129 y ss.

el particular se vienen promulgando haya distintas versiones sobre el alcance del caso Porras.

Desde el plano teórico las alternativas son varias:

A) Si el empresario se inscribe en el sector público no parece que se pueda negar la eficacia de la Directiva 99/70 y su directa aplicación (eficacia vertical), salvo que se considerara que la igualdad entre temporales y fijos que proclama no es incondicional y suficientemente precisa, algo que, salvo error, ninguna decisión judicial ha dicho hasta el momento (tal razonamiento en verdad sería aparentemente contrario a lo que ya ha dicho el TJUE en *Carratù e Impact*).

En este sentido son diversas la sentencias que asumen esta eficacia vertical y dan entrada inmediata²⁴ a la interpretación Porras:

Las SSTSJ Andalucía (Málaga) 16 de noviembre de 2016 (rec. 1515/2016, 1532/2016 y 1411/2016) quedan referidas a un ayuntamiento y a una ciudad autónoma, sin que se produzca, por tanto, ninguna duda acerca del carácter público del empresario y la posibilidad de esgrimir contra él la Directiva 99/70. En este sentido las sentencias dan por sentada “la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 tal y como ya ha declarado el propio TJUE en anteriores resoluciones por el carácter incondicional y suficientemente preciso para poder ser invocada por un particular ante los Tribunales nacionales, el contenido de la sentencia [Porras] es claro y no deja margen de duda”.

La propia STSJ Madrid 5 de octubre de 2016 (rec. 246/2014), a la que responde el TJUE con el caso Porras, se dicta frente al Ministerio de Defensa, de forma que es obvia la eficacia vertical de la Directiva y la decisión la da por hecho al confirmar que: “la Directiva 1999/70 [es] directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8 de junio de 2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora”, citando además “lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación”.

La STSJ Asturias 2 de noviembre de 2016 (rec. 1904/2016) también afirma esta eficacia vertical al ser el empresario una entidad pública, citando a favor de la directa invocación de la norma europea tanto la doctrina *Carratù* como el caso *Impact*, de los que ya hemos dado cuenta páginas atrás.

En similar sentido la STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016 (rec. 1690/2016): “estamos en presencia de un Organismo que puede considerarse incardinado en nuestra Administración Autonómica [...] la [...] identidad pública en la figura del empleador evita otro debate y que el propio TJUE elude, presumimos por esa

²⁴ Incluso de oficio. Recuérdese lo ya advertido acerca del problema de la congruencia y la opinión discrepante del TSJ de Cataluña, vid. nota núm. 13.

misma cuestión, cual es la eficacia vertical de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, o su aplicación directa al presente litigio, al ser el contenido indubitado y suficientemente preciso”.

Finalmente, la STSJ Galicia 26 de octubre 2016 (rec. 2059/2016), pese a estar en presencia de una relación vertical (la empresa era un Concello y el trabajador un indefinido no fijo) acude, sin embargo, al efecto de exclusión basado en la CDFUE, algo que no parece necesario para justificar la aplicación de la Directiva 99/70 en esta situación.

B) Si el empresario frente al que se dirige (expresa o implícitamente) la reclamación basada en la Directiva 99/70 es un particular, la cuestión es más compleja dada la ausencia de efectos horizontales de las directivas. La situación solo puede ser salvada mediante dos vías: 1) A través de una interpretación conforme de la norma interna, que no puede llegar al extremo de ser *contra legem*; o 2) entendiendo que la directiva se limita a concretar un principio general del Derecho de la UE que permite excluir la norma interna contraria a él.

En este segundo planteamiento, receptor de la doctrina del TJUE *Mangold*, *Kükükdeveci* y *Danks Industri*, se inscriben claramente las SSTSJ País Vasco 15 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016) y 22 de noviembre de 2016 (rec. 1991/2016): “En cuanto a la aplicabilidad directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco [...] Al tratarse de un principio general de la UE el principio de no discriminación (CDFUE art. 21), procede la aplicación directa horizontal. [...] En la misma línea, el TJUE [...] ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio”. También, del mismo Tribunal, la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1872/2016) en la que expresamente se advierte la innecesidad de recurrir en estos casos al principio de interpretación conforme a la vista de la eficacia horizontal del principio de no discriminación de la CDFUE y, con remisión a ella, la STSJ Galicia 30 de noviembre 2016 (rec. 3277/2016) que trae a colación la STC 232/2015 que citamos algunas líneas atrás. También, aunque lacónica, al conformarse con advertir que “el denominado efecto horizontal de la normativa comunitaria es predicable del asunto que examinamos” (STSJ País Vasco 22 de noviembre 2016 (rec. 2146/2016).

Curiosamente, y sin restar un ápice de validez al sólido argumento de la eficacia horizontal del principio de igualdad reconocido por la Directiva 99/70, no se encuentran decisiones que acudan claramente al principio de interpretación conforme. Este camino, a nuestro juicio, tampoco es especialmente complejo

y cuenta de algún modo con el precedente ya citado de la STS 6 de octubre de 2015. Téngase en cuenta que el principio de interpretación conforme, esto es, una interpretación del Derecho interno que permita hacerlo compatible con la norma europea, constituye una obligación de carácter fuerte que no permite operaciones hermenéuticas timoratas, pues, como advierte el propio TJUE, el órgano jurisdiccional nacional debe hacer todo lo que esté dentro de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la directiva (*Pfeiffer*, C 397/01 a C 403/01, 5-10-2004), sin que constituya un impedimento para ello la existencia de una línea jurisprudencial de signo diverso. Nada impide que la interpretación conforme de nuestro ET dé satisfacción a las exigencias derivadas de la Directiva 99/70, basta con entender que el sistema indemnizatorio previsto en el art. 49.1.c) sólo es de aplicación cuando los contratos temporales allí mencionados no den lugar a la realización de tareas equivalentes a las de un trabajador fijo comparable. Este razonamiento, lejos de resultar *contra legem*, se acomoda perfectamente a una interpretación sistemática del ET que, recuérdese, proclama en su art. 15.6 el principio de igualdad entre temporales y fijos, precisamente en aplicación de la norma europea. La lectura combinada de ambos preceptos llevaría a aplicar el régimen indemnizatorio del art. 49.1.c) exclusivamente a los supuestos compatibles con el principio de igualdad proclamado por el propio ET.

C) Por último, el marco teórico en el que se mueve las relaciones entre el Derecho interno y el de la UE puede, como anticipábamos, concluir que una directiva carece de efectos horizontales por no ser concreción de un principio general y por no admitir la norma nacional una interpretación conforme. Esta imposibilidad manifiesta de garantizar la aplicación del Derecho europeo, sin perjuicio de las responsabilidades estatales a las que dé lugar como consecuencia del incumplimiento, abre a su vez la puerta en determinadas circunstancias a la acción resarcitoria del particular perjudicado por la defectuosa integración en el ordenamiento nacional de los derechos que le reconoce la UE.

En esta posición destaca la STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1539/2016), que, tras considerar que una filial del TRAGSA no es Administración pública y no procede en consecuencia el efecto vertical de la Directiva, advierte, en primer lugar, que no hay aquí posibilidad de efecto exclusión de la norma interna porque “de acuerdo con los Tratados de la Unión Europea el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y trabajadores temporales no puede considerarse como una discriminación en sentido propio”. Y la eficacia horizontal de la Directiva tampoco es posible por la vía de la interpretación conforme: “dados los términos claros y contundentes que no dejan lugar a dudas de que la indemnización correspondiente al cese del contrato temporal de la demandante era de doce días por año de duración del mismo”. Cerradas ambas vías de incorporación de la Directiva 99/70 a nuestro ordenamiento interno el tribunal andaluz señala el camino de la responsabilidad patrimonial del Estado: “sin perjuicio del

derecho de la demandante a reclamar frente al Estado, con base en la incorrecta transposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno, la diferencia entre la indemnización percibida y la indemnización correspondiente a veinte días de salario por año trabajado”.

Nos topamos así con la última de las posibilidades en la interacción entre nuestro ordenamiento y el europeo: la de la responsabilidad patrimonial. Merece la pena, sin embargo, dejar claro, como ya hicimos antes, que enviar al particular afectado al mecanismo de exigencias de responsabilidad patrimonial al Estado no puede convertirse en una fórmula de esquivar las consecuencias del incumplimiento nacional del Derecho de la UE. La responsabilidad resarcitoria es un mecanismo de cierre del sistema al que únicamente se debe acudir cuando todos los demás medios para poner remedio al incumplimiento han fracasado. Sólo cuando, usando todos los mecanismos a su alcance, el órgano judicial nacional ha fracasado en la interpretación conforme de la propia norma puede entrar en escena este remedio final. Ello exigiría por tanto de especiales esfuerzos argumentativos acerca de la imposibilidad de garantizar el derecho que la norma europea reconoce.

8.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE AL PARTICULAR COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UE

Con la cautela recién advertida en la recámara, terminamos este trabajo con algunas breves indicaciones acerca de en qué consiste este tipo de responsabilidad y qué caminos debe recorrer que, se anticipa, no son precisamente sencillos.

La responsabilidad del Estado frente a los particulares derivada del incumplimiento del Derecho europeo es una creación netamente jurisprudencial²⁵, que carece de respaldo expreso en los Tratados, y que el hoy TJUE ha elaborado en tiempos relativamente recientes. Los hitos capitales de esta construcción son, por este orden, las sentencias *Francovich*²⁶, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*²⁷ y, en fin, *Köbler*²⁸, siendo esta última la responsable de extender la responsabilidad patrimonial también a la actuación de los órganos judiciales nacionales que conocen en última instancia.

Este mecanismo de responsabilidad es de tipo resarcitorio y autónomo de la responsabilidad por incumplimiento en la que puede incurrir el Estado miembro frente a los órganos de la UE. La apreciación de este incumplimiento no es por tanto necesaria para que surja la responsabilidad patrimonial por el daño provocado a un particular.

25 Para un conocimiento más profundo de este principio remitimos a COBREROS MENDAZONA, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015, en quien nos hemos basado para la elaboración del epígrafe.

26 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90.

27 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93

28 30 de septiembre de 2003, C-224/01,

Nos encontramos ante un concepto netamente europeo que, es importante advertirlo, se configura como un mínimo indisponible para los Estados nacionales. Estos podrán aligerar las exigencias para que surja este tipo de responsabilidad, pero en ningún caso agravarlas.

Los requisitos que la jurisprudencia europea exige para que surja este tipo de responsabilidad, que dista, por tanto, de ser automática son:

Que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos por ella misma definidos a favor de los particulares.

Que se trate de una “violación suficientemente caracterizada”, exigencia introducida por la sentencia *Brasserie* y que remite a que se trate de una violación manifiesta y grave, alejando por tanto el supuesto de un mecanismo de responsabilidad objetiva.

Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Este sistema de responsabilidad debe, sin embargo, hacerse valer por los cauces internos del Estado que, a la hora de establecerlos, no puede perder de vista los principios de equivalencia y de efectividad. Esto es, debe tratarse de una vía equivalente y no más gravosa que la prevista para otras reclamaciones similares frente al Estado, y no puede constituir en un camino que haga imposible o extremadamente difícil al particular exigir la responsabilidad por el daño sufrido. Es más, no es excusa atendible que el sistema nacional no prevea una vía a través de las que canalizar estas reclamaciones de responsabilidad.

Fijando entonces la mirada en nuestro ordenamiento, que es el que debe articular los instrumentos para permitir las reclamaciones de los particulares por incumplimiento del Derecho europeo, debemos destacar la intervención en esta materia de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo art. 32.5 establece:

“Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares”.

Se acogen así expresamente en nuestra legislación las exigencias de las que el TJUE hace depender la responsabilidad patrimonial frente a los particulares, pero añadiendo una exigencia dudosa: que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

Qué duda cabe que este requisito complica y mucho la exigencia de responsabilidades al parecer exigir que las reclamaciones previas a la decisión del TJUE hubieran invocado expresamente la infracción del Ordenamiento europeo. Una suerte de reacción anticipada, que, a efectos del caso Porras, sería francamente excepcional, dejando a los trabajadores perjudicados al margen de cualquier reparación del daño causado, al menos frente al Estado Legislador²⁹, por no haber “adivinado” cuál iba a ser la postura del TJUE antes de que esta se produjera. Los primeros comentaristas de la norma así lo entienden cuando afirman que “ahora se exige una previa actuación impugnatoria del particular interesado, que recurra el acto aplicativo de la norma (que, después, se constata contraria al derecho de la Unión), alegando precisamente la incompatibilidad de la norma estatal con el derecho supranacional; parece, pues, que se pretende que no se pueda solicitar la indemnización tras la declaración de una norma contraria al derecho de la Unión si antes no se hubiera reaccionado contra la misma”³⁰.

Así las cosas, es bien difícil entender que el principio de eficacia quede garantizado. Antes al contrario, parece que la reclamación indemnizatoria por parte de los trabajadores afectados por la sentencia Porras, especialmente antes de que ésta se hubiera promulgado, es imposible o dificultosa en extremo. Algo, en fin, que debe llevar también a reflexionar a los órganos judiciales cuando, sin hacer un verdadero esfuerzo hermenéutico en búsqueda de una armonización del derecho interno con la norma europea, trasladan el problema al territorio tortuoso de la responsabilidad patrimonial del Estado.

29 En el caso que nos ocupa esta es básicamente la responsabilidad que se ventila, pues estamos ante un incumplimiento por parte del legislador de transponer adecuadamente al Derecho interno una norma europea, aunque esta incompatibilidad se haya producido a partir de una sentencia dictada en el marco de una cuestión prejudicial, algo que debe considerarse a efectos de fijación del *dies a quo*. Este procedimiento de exigencia de responsabilidades debe llevarse ante el Consejo de Ministros, correspondiendo la revisión jurisdiccional a la Sala tercera del TS. Repárese también, aunque de momento no sea el caso en el asunto Porras, que no es descartable que pueda llegar a producirse una responsabilidad como consecuencia de un incumplimiento judicial (vid. epígrafe IV y nota núm. 10). En este caso los cauces a seguir son los propios del error judicial (arts. 292 y 293 LOPJ).

30 COBREROS MENDAZONA, “La pertenencia a la Unión europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *RAP*, núm. 200, 2016, p. 338.