

EXCEDENCIAS POR INCOMPATIBILIDAD Y TRABAJADORES SUBROGADOS: NUEVO «MALEFICIO» DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, 2063/2017, de 28 de septiembre](#)

José María Moreno Pérez

Abogado

(...)

*People, don't you understand
The child needs a helping hand
Or he'll grow to be an angry young man some day?
Take a look at you and me
Are we too blind to see
Do we simply turn our heads, and look the other
way?*

(...)

«In the de Ghetto», Elvis Presley

1. EL MARCONORMATIVO: INDEFINIDOS NO FIJOS POR SUBROGACIÓN ¿UN «GUETO LABORAL» INTERMINABLE?

La disposición adicional 26.^a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017](#) («Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público»), reflejo de una obsesiva –y errada– lucha contra el incremento de las plantillas de empleo público por integración del personal laboral en los procesos de reversión de servicios públicos, o de reestructuración de los mismos, evoca la irracional idea de que en el interior de las Administraciones públicas puede haber una suerte de «guetos laborales». Si para el artículo 8 –y 11– del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) (EBEP) no podría haber al servicio de las Administraciones públicas más que «empleados públicos» (funcionarios o laborales), para aquella disposición adicional presupuestaria parece posible la «convivencia» (separada) de otro tipo de personal a su servicio sin tal «condición».

Y entre ellos estaría, a partir de la entrada en vigor de la disposición (de vigencia indefinida y un carácter básico), el personal laboral del sector público-empresarial (sociedades mercantiles públicas, fundaciones, consorcios) que vaya a integrarse en una Administración a raíz de procesos de reestructuración, que se registrarán por el [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) cuando signifiquen una transmisión de empresa –lo que no siempre sucede, como recuerda, discutiblemente, la [STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de febrero de 2017, recurso 765/2016](#), y la [STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-174/16](#), si bien en un ámbito diferente, relativo a los derechos parentales, recuerda que las Administraciones públicas tienen un amplio margen de autonomía, siempre que respeten las reglas del Derecho de la Unión Europea (UE)–. Pero si este personal subrogado debe integrarse, por mandato comunitario, en el ámbito del empleador público cesionario, con las garantías de estabilidad previstas en la norma laboral, pero no puede tener condición de empleado público, por prohibirlo la nueva legislación, ¿qué condición tienen entonces? En sede de doctrina científica ya se han esgrimido diversas soluciones, desde la pretendida creación de una «nueva categoría de trabajadores» al servicio de lo público, pero sin ser empleados públicos (trabajadores subrogados), con estatuto laboral congelado, hasta la desautorización de la norma por contraria a la razón (de coherencia) y al Derecho de la UE¹. El tiempo dirá qué invención surge para lidiar con esta nueva tensión entre el interés general y el interés sociolaboral, marcada por constantes y notorias anomalías, legales y jurisprudenciales, como las que dieron origen en su día a los indefinidos no fijos.

No es mi pretensión entrar en esta cuestión, que, además, ha sido tratada en la sección «[Análisis de actualidad de las relaciones laborales](#)» del número anterior de esta revista. Aquí se pretende evidenciar, sobre una nueva experiencia forense, cómo la existencia de esta condena a «guetos laborales» de ciertos colectivos de trabajadores al servicio de las Administraciones públicas no es ninguna novedad y que, con una dimensión u otra, viven y crecen desde hace largo tiempo en ese hábitat de organización laboral, ciertamente hoy especialmente convulso. Una vez más, hablaremos de los indefinidos no fijos y su «maldición jurídico-judicial» (en palabras del profesor MOLINA NAVARRETE), que parece perseguirlos. Y ello no solo a los que proceden de una condena judicial por uso fraudulento del contrato temporal –hoy también a tenor de las Sentencias [Pérez López y Martínez Andrés](#), por abuso de nombramientos de empleo público; en vilo de resultas del [ATS, Sala 3.ª, de 30 de mayo de 2017, rec. 785/2017](#)–, sino a los que traen causa de un legal proceso de subrogación amparado en el [artículo 44 del ET](#) –y en el Derecho de la UE– y avalado por la jurisprudencia ([STS, Sala 3.ª, de 17 febrero de 2016, rec. 3944/2014](#), y [STS, Sala 4.ª, de 3 de febrero de 2015, rec. 37/2014](#)).

El círculo vicioso parece crecer y agravarse, como ilustraría la posición de doctrina científica que se sigue en este comentario. En ella se nos muestra cómo el incesante aumento de lo que denomina «nuevos yacimientos de empleos públicos indefinidos no fijos» (sería el caso de

¹ Por todos, *vid.* la crítica del profesor Cristóbal MOLINA NAVARRETE en *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Albacete: Bomarzo, 2017, págs. 93 y ss.

los profesores asociados de universidad, por ejemplo –SSTS, Sala 4.^a, [473/2017, de 1 de junio](#), y [553/2017, de 22 de junio](#)–) no reduce, al contrario, más bien aumentaría, la distancia entre la previsión normativa comunitaria –la [Directiva 1999/70/CE](#) exige un tratamiento igual a los empleados públicos fijos– y la realidad práctica, que perpetúa tratamientos jurídicos no ya solo injustificadamente diferenciadores sino incluso estigmatizadores. Si bien en el ámbito de la tutela meramente monetaria las distancias entre el derecho relativo a la indemnización por cese «objetivo» entre unos y otros parece limarse, a raíz del último viraje, por el momento, de la jurisprudencia social (la célebre, y muy oportunista, [STS, Sala 4.^a, de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015](#), reconoce la indemnización de 20 días por año de servicio a la extinción del personal indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la vacante, homologándola a la extinción por amortización de la plaza), la inseguridad –y desigualdad– sobre sus condiciones de empleo y de trabajo no cesa. Buena prueba de ello es que la Sala Social del Tribunal Supremo tanto dice que no tienen la condición de empleados públicos temporales –a fin de justificar la mejora indemnizatoria por terminación– como, apenas dos días después, que sí la mantiene –[STS, Sala 4.^a, de 30 de marzo de 2017, rec. 961/2015](#)–.

Pero el principal problema no es indemnizatorio –aunque ahora ocupe el primer plano del debate–, menos si el TJUE se ratifica en la [Sentencia De Diego Porras](#) ante el nuevo envite que la Sala Social del Tribunal Supremo acaba de hacerle para que, de una vez, mediante cuestión prejudicial, anunciada pero no redactada –es lo que tiene primar una sociedad de la comunicación–, aclare si dijo lo que dijo o donde «dijo digo, dice Diego». Porfía entre altos tribunales que no puede dejar de sugerirnos la desternillante escena de Zeppo y Groucho Marx en la inmortal película *Una tarde en la ópera*². Sin embargo, decíamos, la cuestión monetaria, con ser importante, no es la fundamental, siendo, a nuestro entender, más significativa la relativa a la garantía de un estatuto jurídico de este personal equivalente al del personal fijo, exigiendo la posible diferencia una estricta razón objetiva y razonable, conforme a la consolidada jurisprudencia comunitaria en esta materia. La vinculación a ella corresponde a todas las autoridades del Estado, a las administrativas, no solo a las judiciales, y también a las autonómicas.

Sin embargo, el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), agencia administrativa de régimen especial que pertenece a la Administración General de la Junta de Andalucía, no parece tenerlo tan claro. De ahí los constantes problemas con su «personal (indefinido no fijo) subrogado».

Sin necesidad de volver ahora sobre el atormentadísimo proceso de reestructuración del sector público de Andalucía (impulsado por la [Ley 1/2011, de 17 de febrero](#)), conocido en las más diversas instancias judiciales, incluidas ambas salas del Tribunal Supremo, la 3.^a y la 4.^a, lo cierto es que el SAE, con personal laboral propio que se rige por el [EBEP](#) y por el [ET](#), incorporó a miles y miles de trabajadores provenientes de la llamada «Administración paralela», a fin de acabar con una época de completo caos. Ese sería el caso, entre otros, de la plantilla de la Fundación

² Como sugiere irónicamente el profesor Cristóbal MOLINA NAVARRETE en *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, cit., págs. 58 y ss.

Andaluz Fondo de Formación y Empleo (FAFFE). La integración de este personal subrogado no implicó la desaparición de su convenio sino que, en régimen de ultraactividad, ha venido perviviendo, en cohabitación con el [VI Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía](#), cuyo ámbito de aplicación subjetivo abarcaría no solo al personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía sino también al contratado directamente por sus agencias. Pues bien, entre otros preceptos, y por lo que aquí ahora interesa, tal convenio colectivo incluye, en su artículo 40, la siguiente previsión respecto del régimen de excedencias del personal incluido:

«Excedencia por incompatibilidad. El personal que, como consecuencia de la normativa vigente sobre incompatibilidades en el sector público, deba optar o haya optado por un puesto de trabajo distinto al que ocupaba con relación laboral fija o fija discontinua en la Junta de Andalucía, siempre que el otro puesto de trabajo esté dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades, quedará en situación de excedencia voluntaria, aun cuando no haya cumplido un año de antigüedad en el servicio. Mientras permanezca en esta situación, conservará indefinidamente el derecho al reingreso en cualquier plaza vacante de igual categoría a la suya, que hubiera o se produjera en la Junta de Andalucía».

Este precepto convencional desarrolla, mejorando texto y garantías, la previsión del artículo 10, párrafo segundo, de la [Ley 53/1984, de 26 de diciembre](#), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Su artículo 2.1 establece su aplicación también al personal autonómico, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo (por lo tanto, también el personal subrogado). El precepto refiere la naturaleza voluntaria de la excedencia, aunque en la disposición transitoria 1.ª a), párrafo último, de dicha ley, no se recogiera. El primer desarrollo reglamentario del precepto (art. 17 [RD 730/1986, de 11 de abril](#), sobre situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado) confirmará esa naturaleza de excedencia voluntaria. Pero la norma reglamentaria le daba una regulación especial, por cuanto, a diferencia de la excedencia voluntaria «común», que tiene tiempo limitado –5 años según el [art. 46.2 ET](#)–, esta otra tenía un carácter indefinido, en tanto durara la situación de empleo creadora de incompatibilidad. Un régimen especial y más garantista que ha permanecido, en lo sustancial, aun con modificaciones, hasta hoy, en línea con el texto convencional referido.

Así se prevé en el artículo 15 del [Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo](#), por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, modificado en su ámbito subjetivo –de forma notable– por el [Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo](#). Conforme a su apartado 1, tal situación de excedencia voluntaria especial –por referencia a la estatutaria común e incluso a la administrativa por interés particular (art. 16, también de duración limitada)– será de aplicación a funcionarios de carrera y personal laboral fijo. No obstante, la reforma de 2006 ha introducido un importante inciso final restrictivo que no dejará de suscitar algún problema de conformidad con el Derecho de la UE: «El desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esta situación administrativa». Según el apartado 3 de este precepto, el

alcance de esta excedencia es el siguiente: funcionarios –y personal laboral fijo– «podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. Una vez producido el cese como funcionario de carrera o personal laboral fijo deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular».

Durante esta situación de excedencia no se devengan retribuciones y el tiempo que se permanezca en ella no computa a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación (art. 19 [RD 365/1995](#))³. La situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público no conlleva reserva del puesto de trabajo, por lo que el reingreso al servicio activo mediante adscripción provisional a un puesto de trabajo vacante, para el que reúne los requisitos de desempeño, no puede estimarse contrario a derecho. Pero la situación se mantendrá de forma indefinida –no temporal, como sucede en la excedencia común– en tanto se mantenga la relación de servicios que originó la situación. El reingreso requiere vacante dotada presupuestariamente (a través de la participación en las convocatorias de provisión de puestos o por adscripción provisional a un puesto de trabajo vacante dotado presupuestariamente, siempre condicionado a las necesidades del servicio).

Como es lógico, nada de esto se prevé en el [II Convenio Colectivo de la FAFPE](#), cuyo artículo 30 regula la situación de excedencia en el marco del [artículo 46 del ET](#). La naturalidad de esta ausencia deriva de haberse firmado tal convenio cuando la fundación era un ente instrumental que se regía estrictamente por el Derecho privado, esto es, por el Derecho del Trabajo «común». Nada prevé porque nada podía prever en aquel momento, manteniendo su vigencia en virtud del [artículo 86.3 del ET](#) (ultraactividad).

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

Una trabajadora, personal integrado en el SAE proveniente del proceso de subrogación en la plantilla de la FAFPE, solicita que le sea concedida una «excedencia por incompatibilidad de empleo público», al prestar otro servicio en el sector público (contrato de profesora ayudante doctora temporal convertido en profesora contratada doctora fijo). La Dirección Provincial del SAE deniega la excedencia por incompatibilidad solicitada, por no venir recogida en su convenio colectivo y no serle de aplicación el VI Convenio Colectivo del personal laboral «propio». Por lo tanto, aplicando el artículo 30 del [II Convenio Colectivo de la FAFPE](#), le concede excedencia voluntaria por el plazo máximo de 5 años establecido en la norma convencional –que reproduce en este punto el [art. 46.2 ET](#)–.

³ El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud y alguna normativa de comunidad autónoma prevén, sin embargo, que el periodo de permanencia en esta situación computará a efectos de trienios.

Recurrida la resolución denegatoria, la sentencia de instancia desestima su pretensión repitiendo los argumentos del empleador público. Contra ella se presentará el oportuno recurso de suplicación por infracción de normas legales ([Ley 53/1984](#), arts. 7 y 11 [EBEP](#) y arts. 3 y 44 [ET](#)) y constitucionales –arts. 9.1 y 3, y 14 [Constitución Española](#) (CE)–, así como comunitarias (art. 21 [Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales](#) –CDFUE– en relación con la [Directiva 1999/70/CE](#), sobre contratos de duración determinada). La esencia de la argumentación de la defensa se sintetiza en la pretensión de que se le reconozca, una vez que ha adquirido la condición de empleado público, como indefinida no fija por subrogación (art. 11 [EBEP](#) en relación con el art. 44 [ET](#)), y existiendo incompatibilidad entre dos empleos públicos en juego, la excedencia voluntaria especial garantizada para estos casos por el artículo 10 de la [Ley 53/1984](#), pues no habría ninguna razón objetiva que justificara razonablemente la diferencia de trato, máxime cuando el empleo público posterior ha devenido también estable, según le consta al juzgador y se fija como hecho probado.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La sentencia de suplicación desestimarán íntegramente el recurso con dos argumentos. En primer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria, tras reafirmar que se trataría tan solo de una excedencia voluntaria, para lo que apelará a jurisprudencia (STS de 13 de diciembre de 1990) y regulación reglamentaria derogada (art. 17 [RD 730/1986](#)), no a la vigente (art. 15 [RD 365/1995](#), modificado en 2006), si bien no hay cambio de régimen sustantivo, descarta que se deba reconocer tal excedencia voluntaria específica, distinta a la común laboral *ex artículo 46 del ET*, porque carece de previsión convencional al respecto:

«En el presente caso, no existe convenio que ampare la pretensión (...) ya que (...) solamente se reconoce la excedencia pretendida por el Convenio (...) del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, el que no es de aplicación (...) la situación laboral que corresponde, en virtud del régimen legal de incompatibilidades en el sector público y a consecuencia de la opción efectuada en favor de un nuevo puesto (...), es la de excedencia voluntaria dimanante del propio régimen legal de incompatibilidades que le es de aplicación» (FJ 2.º).

En el plano de la legalidad constitucional, se descarta la existencia de discriminación en las condiciones de acceso al régimen de incompatibilidades por prestación de otro servicio público básicamente por dos motivos. A saber:

El primero, porque la situación jurídica objetivamente comparable no se situaría entre «fijos, sí» (podrían optar a la excedencia por incompatibilidad) e «indefinidos no fijos, no» (le es denegada a los no fijos), conclusión «que se desconoce de dónde lo obtiene la parte, ya que ni la resolución originaria ni la sentencia de instancia hacen

referencia a dicha condición para denegar la pretensión deducida, por lo que al fallar la premisa de base falla a su vez la conclusión obtenida». Por el contrario, la comparación se hará entre quienes tienen prevista por convenio esa excedencia voluntaria especial (personal propio) y los que no (subrogados).

El segundo porque, ya situados en este escenario de comparación, la diferencia que se deriva de ese diverso tratamiento convencional colectivo sí tendría justificación objetiva, resultando la diversidad de tratamientos en este caso no solo justificados de forma razonable, sino proporcionada. A tal fin, invoca tanto la referida [STS, Sala 4.ª, de 28 de marzo de 2017](#), como la [STC 71/2016, de 14 de abril](#). Asimismo, una importancia crucial concederá a la jurisprudencia ordinaria y también a la constitucional (SSTC [34/1984, de 9 de marzo](#), y [34/2004, de 8 de marzo](#), entre muchísimas) que, partiendo de la calificación de la autonomía colectiva como fuente de origen privado, pese a ser norma objetiva del ordenamiento jurídico, deja un mayor margen de libertad para fijar diferencias, porque la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad para el ámbito de las relaciones laborales deja margen mayor al acuerdo privado.

Sobre estos argumentos, concluirá, volviendo a su formalista punto de partida, que: «En el presente caso, no encontramos (...) la constatación de la discriminación alegada, ya que lo único acreditado es que el actor se rige por el II Convenio Colectivo de la FAFPE (...) que no reconoce el derecho pretendido, lo que sí obtendrían los trabajadores sometidos al Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, en virtud de las distintas voluntades negociadora de las partes. En definitiva, *no nos encontramos ante una discriminación sino ante la carencia de apoyo legal de la pretensión deducida*» (FJ 3.º).

Finalmente, por lo que respeta al plano de la legalidad comunitaria, que expresamente invoca la parte, la sala calla. El razonamiento se agotará en el plano constitucional referido.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL MÁS ALLÁ DEL CASO: PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Con el debido –y máximo– respeto a la función de juzgar y, dicho sea, en estricta libertad de crítica jurídica, la pésima calidad técnico-jurídica de la sentencia no obsta al relativo interés de la misma más allá del caso concreto. Y ello en el plano práctico y en el teórico.

La relevancia de esta mala o errada praxis judicial en el terreno de la realidad de este tipo de empleo deriva de la gran potencialidad de sujetos susceptibles de verse perjudicados por ella, dado que el campo aplicativo de este personal es amplísimo. En el ámbito más teórico porque ilustra las profundas resistencias de buena parte de nuestros tribunales, en contraste con otros radicalmente orientados en el sentido inverso (ley del péndulo, nada conspicua en el ámbito de la

función judicial, estabilizadora a partes iguales que innovadora), a salir de la zona de confort de sus argumentos aprendidos y tradicionalmente aplicados para dirigirse, como le ordena el artículo 4 bis de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#), a otra zona más dinámica y compleja de interpretación conforme al Derecho de la UE. No obstante, la extremada debilidad, así como los auténticos errores de técnica jurídica, de los razonamientos desenvueltos por la sala se aprecia incluso si el juicio de conformidad se realiza tanto con la legalidad ordinaria como con la constitucional.

a) El error de legalidad ordinaria: por mandato legal, el derecho de opción por un empleo surge de forma automática, por lo tanto al margen de la previsión convencional

Como hemos visto, la decisión denegatoria de este derecho se basa en la inexistencia de un convenio colectivo aplicable a la trabajadora subrogada que lo prevea. Ahora bien, además de que este argumento es una auténtica aporía y una falacia, pues difícilmente podía prever un convenio colectivo nacido cuando el empleador era estrictamente privado un tipo de excedencia solo previsto para empleados públicos, ignora por completo que, en el tenor de la legislación –legal y reglamentaria–, este deber de optar entre puestos públicos que resulten incompatibles y el derecho a quedar en excelencia voluntaria resultante, ejercitada la opción, *surge de manera automática por imperativo de la ley*. Por tanto, *aunque la excedencia por incompatibilidad no venga recogida expresamente en el convenio aplicable –que es el caso–, se tiene el derecho –y la obligación– a ser declarado en dicha situación*, ya que es la consecuencia jurídica de la incompatibilidad.

La sala pasa por alto que el artículo 10 de la [Ley de Incompatibilidades](#) es una norma básica e imperativa y no necesita ser recogida en convenio colectivo alguno. De hecho, si se analiza el artículo 40 del [VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía](#), prácticamente se limita a recoger lo que dice la regla reglamentaria. Al establecer el pase a la situación de excedencia voluntaria al empleo no optado, la ley asume la excedencia voluntaria por incompatibilidad con criterio de adjudicación universal. Por lo tanto, frente a la conclusión de la sala, sí que, en virtud del artículo 7, el personal laboral se encuentra amparado por dicho precepto y sin necesidad de que se contemple esta circunstancia en el convenio colectivo correspondiente.

Recuérdese que esta excedencia puede declararse tanto de oficio como a instancia de parte. Ciertamente, podría pensarse que la novedad de 2006, que limita este derecho a que se ocupe un puesto estable, excluyendo el de funcionario interino o personal laboral temporal, actúa de obstáculo en este caso. Ahora bien, al margen de que es discutible la legitimidad de esta nueva diferencia de tratamiento a la luz de la jurisprudencia comunitaria *ex* [Directiva 1999/70/CE](#), aunque parece contar con el aval de la jurisprudencia (STS de 23 de diciembre de 2008), en el caso concreto no regiría porque constaba en hechos probados que la trabajadora había pasado a un puesto de empleo público laboral fijo –no solo indefinido–. Tan craso error debería abrir la vía del recurso de casación para que sea corregida por la Sala Social del Tribunal Supremo, si bien el obligado presupuesto de la contradicción, muy exigente –según casos (*vid.* [STS 356/2017](#), de 26 de abril, y su fundado voto particular)–, neutralizaría esta vía.

b) La omisión del Derecho de la Unión Europea quiebra la condición de efectividad de la tutela judicial

Privar a la trabajadora de un derecho –de mayor o menor eficacia protectora real– que la ley le reconoce, basándolo en lo justificado *a priori* que deriva de someterse a una fuente colectiva diferente, no solo quiebra el principio de jerarquía normativa entre convenio y ley, sino también entre aquel y el principio constitucional de igualdad de trato. La condición actual de empleada pública le otorgaría unos derechos sobrevenidos que, no pudiendo preverse por el convenio aplicable, deberán de protegerse so pena de incurrir en discriminación prohibida en atención a la naturaleza del vínculo –personal propio unos, subrogado otros–. Pero esta peor condición no solo lesiona el artículo 14 de la CE, sino también el artículo 21 de la CDFUE en sí, y en relación con la Directiva 1999/70/CE, porque, en realidad, y pese a la exclusión apodíctica y formalista de la sala, reprobando que se use como parámetro de comparación la condición o no de indefinido no fijo, silenciada formalmente en las resoluciones denegatorias, sí está en el fondo del asunto, pues es la única causa de que se perpetúen convenios diferentes.

Ninguna reflexión le merece esta cuestión crucial a la sala, que la liquida de una forma precipitada y casi despreciativa de la defensa de la actora. Pero, como es conocido, tal omisión argumental estaría vulnerando una condición de efectividad de la tutela judicial *ex* artículo 24 de la CE, como ha reafirmado la STC 232/2015, de 5 de noviembre (comentada en el núm. 394 de esta revista). En consecuencia, queda expedita la vía del recurso de amparo.

c) La exclusión del personal subrogado del SAE del derecho legal gozado por el personal propio fijo constituye una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión Europea

Una simple lectura del precepto legislativo, de la norma reglamentaria y del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía deja en evidencia, aunque la sala de suplicación sea completamente ajena a ello –lo que resulta, además de injustificado, muy inquietante para la seguridad jurídica del justiciado y de su derecho a la tutela efectiva–, que la razón de fondo de la diferencia está en la naturaleza no laboral fija de la trabajadora peticionaria. Todas las reglas referidas tienen como presupuesto el carácter fijo del personal laboral beneficiario, máxime tras la reforma de 2006. Pues bien, al margen de la suerte que deba correr ese inciso incluido en la norma reglamentaria, así como las previsiones del VI Convenio Colectivo, lo cierto es que en el caso de referencia la exclusión de tal derecho supone una frontal quiebra, como se ha dicho, del artículo 21 de la CDFUE y de la Directiva 1999/70/CE.

En última instancia, debe recordarse que los indefinidos no fijos están cubiertos por esta última y el resultado final, sea cual sea el parámetro usado en apariencia o formalmente para establecer la negativa, es una clara diferenciación peyorativa de los indefinidos no fijos. Por lo tanto, el denominado efecto útil de la directiva quebraría en este caso, resultando de aplicación todo el acervo jurisprudencial comunitario en materia, cuya referencia omito aquí por resultar estos tiempos tan recurrentes –para todos, menos para la sentencia de suplicación aquí analizada, que

no se digna ni a mencionarla siquiera fuese para su exclusión en el caso—. Si bien, de nuevo, es difícil que pueda prosperar en la práctica, dado que esa jurisprudencia no se formula en relación con el tema concreto aquí analizado —excedencia—, no quedaría cerrado por completo un recurso de unificación de doctrina en el que se utilizase como referencia básica de contraste la jurisprudencia comunitaria relativa a la prohibición de discriminar en orden a las condiciones de empleo —como sería la excedencia, al igual que el régimen extintivo—. Si bien el Tribunal Supremo ha flexibilizado notablemente los requisitos de la contradicción *ex artículo 219* de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) para estos casos, somos realistas y vemos complicado que pueda prosperar esta vía de corrección.

d) La omisión de toda referencia al Derecho de la Unión Europea abriría también un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del derecho a un juicio equitativo

Más factible, si bien mucho más dilatorio, lógicamente, pues dependería de la suerte del eventual recurso de amparo, sería plantear un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del artículo 6 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), esto es, el derecho a un proceso equitativo. En este sentido, de interés puede ser volver la mirada a la [STEDH de 8 de abril de 2014, caso Bouraoui contra Italia](#), que entendió existente tal violación por parte de las autoridades judiciales nacionales —italianas— porque no se atendió suficientemente la petición de presentar cuestión prejudicial en el caso. Aquí, no se ha pedido cuestión prejudicial, pues estamos en la doctrina del acto comunitario claro, pero sí es posible establecer cierta analogía al evidenciarse que la parte actora argumentó de forma muy precisa en el plano comunitario, y la sala, en cambio, ha prescindido de la más mínima referencia. Ciertamente, esa marcada deficiencia de tutela judicial debería resolverse en la vía del recurso de amparo, pero siempre es conveniente tener otra «bala judicial» en la recámara. Por supuesto, siempre, recordando el magistral libro de LÁZARO CARRETER, limitándonos a lanzar el «dardo (judicial) en la palabra (jurídica)».