



Roj: **STS 3616/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3616**

Id Cendoj: **28079130072015100223**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **08/07/2015**

Nº de Recurso: **1452/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1597/2014,**
STS 3616/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 1452/2014 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, representada por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de 15 de enero de 2014 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (dictada en el recurso núm. 474/2011).

Siendo parte recurrida el SINDICATO DE DOCENTES INTERINOS Y SUSTITUTOS DE CANARIAS, (INSUCAN), representado por la Procuradora doña Beatriz Martínez Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

« FALLO:

Que desestimamos las causas de inadmisión invocadas por la Administración demandada, y, en cuanto al fondo del asunto, que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación del Sindicato de Docentes Interinos y Sustitutos de Canarias (INSUCAN) contra el Decreto 74/2010, del Gobierno de Canarias, que declaramos nulo en su artículo 4º referido a los criterios para resolver los casos de empate.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación del recurrente se presentó escrito de interposición de su recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

«(...) dicte Sentencia por la que, declarando haber lugar al presente recurso, case y anule la Sentencia recurrida y resuelva la desestimación, en todos sus términos, del recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario. (...)».



CUARTO.- La representación del SINDICATO DE DOCENTES INTERINOS Y SUSTITUTOS DE CANARIAS, (INSUCAN), en el trámite que le fue conferido, se opuso al recurso de casación mediante un escrito en el que pidió:

«(...) dicte Sentencia por la que inadmita o, subsidiariamente, desestime el recurso de casación con imposición de las costas al recurrente».

QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 24 junio de 2015.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia se inició mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el SINDICATO DE DOCENTES INTERINOS Y SUSTITUTOS DE CANARIAS, (INSUCAN), contra el Decreto 74/2010, de 1 de julio, del Gobierno de Canarias, por el que se establece el procedimiento de constitución de listas de empleo para el nombramiento de funcionarios interinos en los sectores de administración general y docente no universitario de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como de personal estatutario temporal en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud.

La demanda postuló que se declarara nulo y sin efectos el artículo 4 de la disposición general recurrida.

Los artículos 3 y 4 de ese Decreto 74/2010 establecían lo siguiente:

« **Artículo 3.-** Procedimiento ordinario.

1. Se constituirán listas de empleo una vez finalizados los correspondientes procesos selectivos para el ingreso de funcionarios de carrera del mismo Cuerpo/Escala/Especialidad, o de personal estatutario con nombramiento en propiedad de la misma Categoría y, en su caso, Especialidad, quedando integradas por aquellos aspirantes que, habiéndose presentado a las pruebas selectivas de la última convocatoria pública realizada, no hayan resultado seleccionados, y hayan hecho constar expresamente su voluntad de inclusión en las listas.

A tal efecto, quienes deseen ser incluidos en cualquiera de las listas de empleo deberán hacerlo constar en la forma y plazos que establezca la convocatoria del correspondiente proceso selectivo.

Cuando dos órdenes de la misma fecha convoquen procesos selectivos independientes de promoción interna y de ingreso libre, se creará una única lista de empleo, a la que será de aplicación el régimen descrito en el presente Decreto.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, para la conformación de las listas de empleo de personal docente no universitario, también se requerirá, en su caso, estar en posesión de alguna de las titulaciones que acrediten la cualificación suficiente para impartir docencia, a cuyo efecto la Consejería competente en materia de educación determinará las titulaciones correspondiente por cuerpo y especialidad.

3. Las listas de empleo, integradas por aquellos aspirantes a los que hace referencia el apartado primero de este artículo, se conformarán mediante un sistema de concurso, en el cual se valorarán los siguientes méritos:

1. La calificación obtenida en la oposición se valorará hasta 4 puntos.

2. La experiencia en la Administración Pública se valorará hasta 4 puntos.

3. Asimismo, podrán ser tenidos en cuenta otros méritos con una valoración de hasta 6 puntos. De optarse por añadir estos méritos deberá incluirse la formación y/o la evaluación de la práctica profesional en puestos análogos a los que se pretende cubrir con funcionarios interinos con una valoración de hasta 3 puntos cada uno de ellos.

4. La puntuación máxima que se puede obtener por la suma de los méritos del apartado anterior no podrá superar los 10 puntos.

5. Mediante las correspondientes Órdenes Departamentales de las Consejerías competentes en materia de función pública, educación y sanidad, y previa negociación en la Mesa Sectorial correspondiente, se determinará si se opta por valorar los otros méritos, conforme a lo señalado en el apartado 3.3 de este artículo, así como la forma de valoración de todos los méritos.

Artículo 4.- Criterios para resolver los casos de empate.

En los supuestos en que exista empate, se dará preferencia al aspirante de promoción interna cuando lo hubiere, sin perjuicio de lo que pueda disponer, en su caso, la normativa estatal o autonómica respecto de quienes



hayan concurrido al correspondiente proceso selectivo por el turno de personas con discapacidad. De persistir el empate, se dirimirá atendiendo a la calificación obtenida en la oposición. De mantenerse el empate, se resolverá en función de la experiencia en la Administración Pública».

La sentencia recurrida, tras desestimar las causas de inadmisión opuestas por la Administración demandada, estimó el recurso jurisdiccional y anuló ese artículo 4 objeto de impugnación al que se ha hecho referencia.

El actual recurso de casación ha sido interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida delimitó la cuestión de fondo debatida en el litigio en su fundamento jurídico segundo, y lo hizo así:

«(...) el único motivo de impugnación se centra en que por Acuerdo de la Mesa General de Contratación de Funcionarios Públicos celebrada el 17 de mayo de 2.010 entre la Administración y las organizaciones sindicales presentes, se estableció que para el supuesto de empate en la puntuación obtenida se tendría en cuenta la experiencia previa en la Administración como criterio de desempate, sin que dicho acuerdo hubiese sido cumplido por la Administración, que lo suprimió de forma unilateral en la redacción definitiva del precepto, dando preferencia a la nota obtenida en la oposición si bien añadiendo, tras el informe del Consejo Consultivo, como criterio subsidiario, y para el supuesto de persistir el empate, la experiencia previa en la Administración.

Según el Sindicato el haber llegado a un acuerdo, que fue incumplido, supone que el texto aprobado no fue sometido a negociación, lo que conlleva la nulidad de la disposición general toda vez que afecta a la propia configuración de las listas de empleo, con vulneración de los artículos 28.1 de la CE EDL 1978/3879, 37.1, 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, 37 c) y d) de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público EDL 2007/17612.

Y frente a dicha pretensión, el primer motivo de oposición de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, en representación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, es la falta de legitimación del Sindicato recurrente en una doble perspectiva: por no haber acreditado la voluntad para litigar a través el órgano con competencia estatutaria para manifestar tal voluntad, y por carecer de interés legítimo para recurrir partiendo para ello de que la nulidad del precepto se solicita en base a lo sucedido en el curso del proceso negociador y, sin embargo, dicho Sindicato no forma parte de la Mesa General de Negociación de los Funcionarios Públicos al no contar con al menos el 10% de la representación en el ámbito, ni tampoco formar parte desde las elecciones en el ámbito docente de 2.010 de la Mesa Sectorial de Educación al no llegar al 10% de la representación.

Ya en cuanto al fondo explica la Administración autonómica que en el curso de la tramitación de la norma reglamentaria, se llevó a la Mesa General de Negociación de los Funcionarios Público celebrada el 17 de mayo de 2.010 un borrador que recogía otra redacción del artículo 4, si bien tras ello se emitió el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos en el que se cuestionaba la primacía dada al criterio de la experiencia sobre la calificación obtenida en la prueba selectiva, criterio este último que se consideró mas eficaz y objetivo para determinar la capacidad y aptitud del aspirante para integrar las listas de empleo, lo que dio lugar a la modificación de la redacción que, tras informe del Consejo Consultivo, pasó a tener la redacción final, considerando que lo decisivo es que el texto fue sometido a negociación sin que la falta de acuerdo pueda, o deba, conducir a entender que no ha existido y ello por cuanto el derecho a la negociación es un derecho de actividad y no de resultado, y, por otra parte, el texto consensuado en la Mesa de Negociación no fue ratificado por el órgano competente por razones de legalidad».

TERCERO.- Sus razones de decidir esa cuestión de fondo del litigio las consignó la sentencia de instancia en sus FFJJ quinto y sexto, de los que debe destacarse aquí lo que continúa.

I.- Esa diferencia entre lo negociado y lo trasladado al discutido Decreto 74/2010, alegada como base principal de la impugnación, se explicó en estos términos:

«Por lo demás, es incontrovertido que el texto del precepto que se llevó a Mesa General de Negociación de los Funcionarios Públicos, en la que se llegó a un acuerdo fue el siguiente:

"En los supuestos en que exista empate, se dará preferencia al aspirante de promoción interna cuando lo hubiere, sin perjuicio de lo que pueda disponer, en su caso, la normativa estatal o autonómica respecto de quienes hayan concurrido al correspondiente proceso selectivo por el turno de personas con discapacidad. De persistir el empate, se dirimirá atendiendo a la valoración de la experiencia en la Administración Pública. De mantenerse el empate se resolverá atendiendo a criterios que acrediten el mérito y capacidad de los aspirantes".

Sin embargo, dicha redacción no coincide con el texto definitivo aprobado, que literalmente dice:



"En los supuestos en que exista empate, se dará preferencia al aspirante de promoción interna cuando lo hubiere, sin perjuicio de lo que pueda disponer, en su caso, la normativa estatal o autonómica respecto de quienes hayan concurrido al correspondiente proceso selectivo por el turno de personas con discapacidad. De persistir el empate, se dirimirá atendiendo a la calificación obtenida en la oposición, De mantenerse el empate, se resolverá en función de la experiencia en la Administración Pública".

II.- Luego se remitió a lo ya decidido en la anterior sentencia de Las Palmas de 11 de enero de 2013 (dictada en el recurso contencioso-administrativo 283/2011), que transcribió, y tras señalar que dicha sentencia era bastante para estimar el recurso y anular el precepto impugnado, declaró:

«(...) si bien cabe añadir que, como vimos, el Sindicato demandante basa su impugnación en que se aprobó el texto definitivo con vulneración del derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, en cuanto núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical,, derecho, en lo que se refiere a los funcionarios públicos encuentra su configuración legal en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de cuyos artículos 37 y 38 resulta claro que las condiciones de trabajo de los funcionarios es materia que ha de ser objeto de negociación con las Organizaciones Sindicales en el seno de las Mesas de Negociación correspondientes.

En el caso, nadie discute que la materia debe, y ha sido, objeto de negociación, si bien la cuestión se centra en las consecuencias de no haber sido respetado lo pactado.

Al respecto, el propio informe que la Administración acompaña a la contestación a la demanda (de la Jefa de Unidad de Recursos Humanos y Relaciones Sindicales, de 18 de marzo de 2.011) explica el proceso negociador en relación al precepto, y tras hacer referencia al cambio de redacción en relación a lo acordado, justifica dicho cambio en que "(...) no se concretó mediante un acuerdo formal en los términos previstos en el artículo 38.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que la aprobación del Decreto era competencia del Consejo de Gobierno de Canarias y el acuerdo alcanzado por las partes puesto de manifiesto en la Mesa General del 17 de mayo de 2.010 no fue elevado al Consejo de Gobierno de Canarias para su aprobación expresa y formal, requisitos necesario para que el Acuerdo tuviese validez y eficacia".

Sin embargo, dicho informe, y la propia explicación que se hace en la contestación a la demanda sobre el cambio en la redacción del precepto en relación con el texto que fue objeto de acuerdo en la Mesa de Negociación, supone el reconocimiento que, aunque existió acuerdo en el curso de la negociación, la Administración no garantizó su cumplimiento pese a que quedaba obligada a ello conforme al artículo 38.10 del EBEP, y que lo hizo por causas ajenas a las únicas que permiten su suspensión o modificación, que no son otras que "causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas", sin que tampoco lo llevase al órgano de gobierno para su validez y eficacia, tal y como exige el apdo 3º del mismo precepto, en cuanto tramite inmediata a la adopción del acuerdo.

Se ha dicho en alguna sentencia que el precitado artículo 38.10 del EBEP supone en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos la cláusula "rebus sic stantibus", que permite a la Administración, excepcionalmente, la revisión, suspensión o modificación unilateral de las obligaciones pactadas en la negociación colectiva, por alteración sustancial de las circunstancias económicas, fundamentada en el interés público, si bien, en el caso, la administración se aparta de dicha norma y reconoce la modificación del precepto consensuado en la Mesa de negociación por causas ajenas a las únicas que lo permitían, por lo que, acreditado que se llegó a un acuerdo en el curso del proceso negociador, y no siendo la redacción acordada contraria a la legalidad ni dándose ninguna de las razones legalmente previstas para apartarse de lo convenido, la conclusión no puede ser otra que la declaración de nulidad de dicho precepto por vulneración del derecho a la negociación colectiva que estaba obligada a respetar la Administración, entendida como obligación de garantizar los acuerdos a los que llegó al respecto.

Como es obvio, a la vista del anterior razonamiento, considera esta Sala que no es aplicable la jurisprudencia que cita la Administración referida a los supuestos en los que existe negociación pero sin resultados, pues es evidente que no existe obligación de llegar a acuerdo alguno en el curso del procedimiento, si bien la ley prevé las consecuencias cuando se llega y no se respeta por la Administración obligada a ello, que es lo que sucede en el caso.

En otras palabras, la existencia del proceso negociador, que no se discute, no excluye que, en el caso, se haya vulnerado dicho derecho, no en su vertiente de acceso a la negociación sino en la de quedar obligada a respetar y garantizar los pactos y acuerdos a los que se haya llegado en el curso de dicha negociación, que constituye una obligación de la Administración de configuración legal cuya vulneración debe entenderse equiparable a la falta de negociación, y que, en el caso, suponía que, en base al artículo 38 3 y 10 del EBEP, quedaba obligada a llevar el acuerdo al Consejo de Gobierno de Canarias para su aprobación expresa y formal en cuanto requisito necesario para su validez y eficacia».



CUARTO.- El recurso de casación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS invoca en su apoyo dos motivos, uno y otro formalizados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA).

I.- El primero denuncia la infracción de todo lo siguiente: los artículos 33, 37.1 y 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); los artículos 15.2 y 32.6 del Estatuto de Autonomía de Canarias; el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; y la jurisprudencia sobre el alcance de la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

La argumentación central para sostener estos reproches es que la sentencia parece desconocer que la naturaleza del controvertido Decreto 74/2010 es una disposición general aprobada por el Gobierno de Canarias en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el Estatuto de Autonomía de Canarias; y confunde, así mismo, los Pactos y Acuerdos con el resultado de la potestad reglamentaria.

En el marco de las ideas anteriores, se subraya que la negociación colectiva de que aquí se trata, por la materia a la que va referida, está enmarcada dentro del procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, en la que el titular de la potestad reglamentaria no puede prescindir de los informes preceptivos de legalidad que en tal procedimiento han de ser emitidos; y se destaca que esa negociación estaba concretamente referida a un proyecto de norma reglamentaria sobre la materia a la que se refiere el artículo 37.1.c) del EBEP.

II.- El segundo señala la infracción del artículo 38.3 de la Ley 7/2007 (EBEP).

Lo principalmente aducido en este caso es que no cabe hablar de incumplimiento de lo negociado porque no se está ante un Acuerdo formal de los del artículo 38.3 del EBEP, ya que para que tales Acuerdos adquieran validez y eficacia han de ser aprobados de forma expresa y formal; y se dice expresamente que para que el Acuerdo alcanzado en la Mesa General pudiera adquirir fuerza de obligar era necesario un pronunciamiento expreso del Consejo de Gobierno que en el actual caso no existió.

Se insiste en que se está en el ejercicio de la potestad reglamentaria sobre la materia a que se refiere el artículo 37.1.c) del EBEP y que se cumplió con la negociación requerida por este precepto; en que, tras esa negociación, continuó el curso de la elaboración de la norma reglamentaria, con sus preceptivos informes de legalidad; y en que fueron estos informes los que determinaron el contenido que finalmente tuvo el Decreto 74/2010.

QUINTO.- La oposición al recurso de casación manifestada por el SINDICATO DE DOCENTES INTERINOS Y SUSTITUTOS DE CANARIAS, (INSUCAN) se resume en lo siguiente.

Su escrito comienza por exponer las contrapuestas posiciones de ambas partes litigantes, señalando que dicho sindicato defiende que hubo negociación y hubo de respetarse lo acordado; y que la Administración recurrente defiende que lo acordado en la negociación no tiene validez ni eficacia al no haber sido aprobado por el Gobierno de Canarias.

Tras lo anterior se aduce principalmente que la falta de aprobación no puede ser esgrimida como criterio para apartarse de lo negociado, y que, de existir discrepancia de legalidad, lo que hubo de hacerse fue acudir a la mesa negociadora para efectuar la correspondiente subsanación.

SEXTO.- La reciente sentencia de 7 de octubre de 2014 de esta Sala y Sección ha estimado el recurso de casación num. 1650/2013 interpuesto por el Gobierno de Canarias frente a otra sentencia de la Sala de Las Palmas, distinta de la aquí recurrida, que ya había anulado el mismo Decreto 74/2010 aquí litigioso como consecuencia de la estimación del recurso contencioso-administrativo que otro sindicato había interpuesto sobre la base de que esa norma reglamentaria no respetó lo acordado en la negociación colectiva.

Razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes a los mandatos constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), imponen reiterar aquí los razonamientos y la decisión de ese anterior fallo de esta Sala que acaba de mencionarse.

Esos razonamientos consistieron en considerar que no cabía constatar el incumplimiento de un Acuerdo fruto de una negociación colectiva porque no había tenido lugar la ratificación formal de ese Acuerdo y tampoco las partes habían solicitado la renegociación en el plazo legalmente establecido.

Y están contenidos en los fundamentos de derecho decimocuarto y siguientes de esa anterior sentencia de 7 de octubre de 2010, cuyas ideas y declaraciones esenciales son estas que continúan.

1.- Alcance del contenido normativo del Acuerdo y consecuencias de su no ratificación por el órgano de Gobierno de la Administración. Pública.

"Todo lo hasta ahora expresado nos lleva a enjuiciar si los acuerdos tienen contenido normativo por sí mismos, y cuál es el alcance de la libertad del órgano de Gobierno para aprobar, desaprobado o modificar aquel acuerdo, aspecto éste último sobre el que pivota la argumentación esencial de la administración autonómica.



Respecto al supuesto contenido normativo de los acuerdos entendemos que el compromiso que alcanza la Administración es elaborar una norma reglamentaria sobre las listas de empleo, de suerte que la negociación tiene un carácter meramente prenормativo.

No consta en las actuaciones que el acuerdo fuere ratificado por el órgano de Gobierno, como exige el art. 38.3 EBEP para su validez y eficacia.

Y aun cuando se otorgara al acuerdo un carácter normativo paccionado, como fuente del Derecho Administrativo, se situaría dentro de la estructura jerárquica del ordenamiento administrativo en la posición que ocupa el órgano que lo aprueba, subordinándose a las normas de superior rango.

Por todo ello el Decreto autonómico, en su calidad de norma reglamentaria, podría modificar como norma posterior el acuerdo alcanzado, ya que en ese punto el reglamento sustituiría al acuerdo por razones formales y de seguridad jurídica.

(...). En cuanto al alcance de la libertad del órgano de Gobierno para modificar el acuerdo, debemos partir de la premisa de que cuando el acuerdo no se ratifica se debe iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes (art. 38.3 in fine EBEP).

Y en el caso de que no prospere la renegociación, supuesto ausente en el caso de autos, el órgano de Gobierno recupera la capacidad de adoptar las normas reglamentarias correspondientes (art. 38.7 EBEP); normas que pueden incorporar o no parte del acuerdo en su día alcanzado pero no aprobado, no ya como contenido pactado, sino como contenido reglamentario que el órgano de Gobierno incorpora por su propia voluntad, con el valor y la eficacia de una norma reglamentaria.

Se constata que aquí se ha producido una discordancia puntual entre el contenido del acuerdo (no ratificado) y el decreto autonómico".

2.- Falta de aprobación o ratificación del Acuerdo litigioso.

"Sería suficiente para alcanzar la conclusión de la validez jurídica del decreto autonómico impugnado en la instancia la circunstancia de que el acuerdo del que trae causa no fue aprobado o ratificado por el órgano de Gobierno, ya que el art. 38.3 EBEP exige una ratificación formal y expresa que no consta en las actuaciones ni en el expediente es decir, no basta una aprobación implícita del contenido como pudiera derivarse fácilmente, por otra parte, del mero contraste entre el acuerdo y el decreto, que son prácticamente idénticos.

En el supuesto de autos no debe obviarse el informe del Jefe de Recursos Humanos y Relaciones Sindicales de la DG de Función Pública que señala que los borradores de las actas de las reuniones de la Mesa General de Negociación de Funcionarios Públicos de los días 7 y 17 de mayo de 2010, donde se trató el proyecto de decreto, no han sido aprobados en reuniones posteriores, al no haberse celebrado nueva Mesa General.

Asimismo se declara expresamente que no existe acuerdo formal (en alusión a la ratificación del art. 38.3 EBEP) derivado de la reunión de la Mesa del 17 de mayo de 2010 aunque certifica que "habiendo llegado a un acuerdo la Administración y las organizaciones sindicales, UGT; CCOO y CEMSATSE se da por negociado el mismo".

3.- Libertad del órgano de gobierno de la Administración para ejercer su potestad reglamentaria por no haberse solicitado la renegociación en el plazo legalmente establecido.

"Al no haberse producido, como parece desprenderse de las actuaciones, dicha renegociación de los términos del acuerdo, la Administración puede ejercitar su potestad reglamentaria, que en este caso no operaría en defecto de la ratificación, sino de la renegociación que debería haber instado alguna de las partes en el plazo de un mes en defecto de ese acto formal y expreso de la ratificación.

No es inocua, no obstante, la omisión del plazo de la ratificación en el EBEP, pues la organización sindical recurrente en la instancia pudo encontrarse repentinamente con la aprobación de un decreto que alteraba los términos del acuerdo, en la confianza de que se adoptaría el acto de la ratificación, mas a la vista de lo expuesto el incumplimiento no llevaría aparejada la nulidad reglamentaria en razón del contenido del art. 38.3. EBEP .

Ni consta la aprobación expresa por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma ni tampoco la aprobación del Acta de la Comisión de la sesión celebrada el 17 de mayo de 2010 en que se da por negociado el proyecto de Decreto de las listas de empleo de 2010".

5.- Inexistencia de incumplimiento.

"No puede, por tanto, entenderse como incumplimiento, en los términos del esgrimido art. 38.10 EBEP al no poder calificarse como Acuerdo completo".

6.- Diferencia mínima entre el Acuerdo y el Decreto motivada por razones de legalidad.



"Cuestión distinta es que el Decreto final difiera del Acuerdo alcanzado cuando todavía era un Proyecto de Decreto en una cuestión mínima que no altera sustancialmente el Decreto, como es el criterio de desempate en el orden de prelación de los interinos, dando prevalencia a la calificación obtenida en la fase de oposición frente a la experiencia en la administración como interino.

Tal criterio es respetuoso con los principios objetivables de acceso a la función pública (mérito y capacidad) y puede ampararse en criterios de legalidad como más arriba se ha argumentado comportando una individualización del mérito y capacidad proclamado en el art. 23. CE".

SÉPTIMO.- Todo lo antes razonado conduce, pues, a declarar haber lugar al recurso de casación, a anular la sentencia recurrida y también a desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

Y en cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias para hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación (artículo 139, 1 y 2, de la LJCA).

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS contra la sentencia de 15 de enero de 2014 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (dictada en el recurso núm. 474/2011), y anular dicha sentencia con la consecuencia de lo que se declara a continuación.

2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por el SINDICATO DE DOCENTES INTERINOS Y SUSTITUTOS DE CANARIAS, (INSUCAN, al ser conforme a Derecho la disposición general impugnada en lo que ha sido objeto de discusión en el actual litigio.

3.- No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-