



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 2 5 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 09/10032, de 9 de noviembre de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo, por la que se dispone el abono del complemento personal no absorbible a J.R.H.R., personal laboral con destino en el Servicio Canario de Empleo (EXP. 703/2010 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

Mediante escrito de 2 de septiembre de 2010, con registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 8 de septiembre de 2010, el Consejero de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, interesa preceptivamente, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con lo previsto en los arts. 102.1 y 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), Dictamen previo, por el procedimiento de ordinario, en relación con la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 9 de noviembre de 2009 del Director del Servicio Canario de Empleo, por la que se dispuso el abono de un complemento retributivo personal no absorbible a J.R.H.R., personal laboral con destino en el Servicio Canario de Empleo, cuya nulidad se persigue al entenderse que el derecho que otorga, lo ha sido careciendo su titular de los "requisitos esenciales para su adquisición".

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

## II

Los *hechos* de los que trae causa el procedimiento revisor incoado, son los siguientes:

La interesada prestaba servicios con la categoría profesional de cuidadora, en una plaza delegada, en el Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria (IASS), Organismo Autónomo del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, en el que percibía un complemento "personal" según acredita el certificado expedido por la Secretaria Delegada del IASS.

Por Orden de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias, de 14 de febrero de 2007, se convoca procedimiento selectivo de promoción interna para la cobertura de vacantes, correspondientes a diversas categorías profesionales del personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La Dirección General de la Función Pública dicta Resolución, de 13 de agosto de 2008, por la que se aprueba la lista definitiva de adjudicación de puestos de trabajo a los aspirantes aprobados en el procedimiento selectivo convocado, asignando a J.R.H.R. puesto de trabajo como auxiliar administrativa en el Servicio Canario de Empleo, tomando posesión el día 5 de septiembre de 2008, dejándosele de abonar el citado complemento.

El 10 de julio de 2009, la interesada presenta ante el Servicio Canario de Empleo escrito por medio del cual solicita el abono, con carácter retroactivo, del complemento personal que había dejado de percibir desde su incorporación al citado Servicio.

Mediante Resolución del Director del Servicio Canario de Empleo, de 9 de noviembre de 2009, se dispone el abono del importe del mencionado complemento personal, en las cantidades pendientes de cobrar, correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

2. Mediante Orden del Consejero de Empleo, Industria y Comercio, de 14 de junio de 2010, se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio de la anterior Resolución del Director del Servicio Canario de Empleo, por considerar que la misma incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) LRJPAC-PAC.

Finalizado el procedimiento, tras el trámite de audiencia a la interesada e informe del Servicio Jurídico, se formula Propuesta de Resolución por la que se propone declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución cuestionada y se

declara procedente la devolución de los pagos efectuados al amparo de la misma, por el procedimiento que corresponda, de conformidad con la Orden de 1 de febrero de 2007 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establece el procedimiento de reintegro de las cantidades abonadas indebidamente en las nóminas del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

### III

1. La interesada entiende que, al ser personal transferido en su día del Estado (IMSERSO) a la Comunidad Autónoma y posteriormente delegado al Cabildo Insular de Tenerife, tiene derecho a la conservación del citado complemento personal, que califica como "no absorbible", tras su toma de posesión como auxiliar.

La Administración, por el contrario, considera que ni en el contrato, ni en el Convenio Colectivo de aplicación se hace referencia alguna al citado complemento. Además, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias prohíbe "el percibo de cualquier cantidad fuera de lo regulado en ella misma", expresión del principio de legalidad en el gasto público.

2. Al respecto, cabe realizar las siguientes consideraciones.

A. Por una parte, tanto del Estatuto de Autonomía (disposición transitoria cuarta), como de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico (art. 25.1), resulta que al personal transferido se le deberán respetar "todos los derechos de cualquier orden y naturaleza que le correspondan en el momento del traspaso", debiendo en consecuencia la Comunidad Autónoma asumir "todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos".

Ha de tenerse presente que, si bien los Convenios Colectivos II y III del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma, publicados respectivamente por Resoluciones de 11 de agosto de 1989 y 28 de enero de 1992, no contienen referencia a complemento personal alguno, como el que ahora se pretende revisar, disponen [apartado n) de las respectivas disposiciones adicionales primeras] el respeto "en su integridad (de) las situaciones anteriores, individuales o colectivas, más ventajosas en materia de complementos personales transitorios, que continuarán absorbiéndose, en su caso, en la proporción en que se ha venido y viene haciéndose".

Sin embargo, el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, de 12 de septiembre de 2006 y de 31 de julio de 2009

(publicados, respectivamente, por Resoluciones de 10 de octubre de 2006 y 3 de noviembre de 2009), que afectan al primitivo puesto de la interesada, incluyen en la estructura retributiva del personal laboral el salario base, las pagas extraordinarias y "otras retribuciones de carácter personal", entre las que se encuentran: la "antigüedad, el complemento personal de antigüedad, el complemento personal de unificación, y los complementos personales absorbibles". Y solo éstos últimos se compensarán y absorberán de conformidad con el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores "sobre el exceso de las retribuciones", de acuerdo con las reglas establecidas (art. 70).

B. Por otro lado, la afirmación por parte de la interesada de que se trata de un "complemento personal no absorbible" no parece encontrar fundamento unánime en las actuaciones, ni en las normas de aplicación.

Así, en principio consta simplemente que se trata de un complemento "personal", pero no se indica su condición. Y que el importe de tal complemento, en enero de 1988, era de 4.883 pts. (fecha de la transferencia a la Comunidad Autónoma de Canarias), la misma cantidad que en 1999 (fecha de delegación al Cabildo), pasando a ser de 29,93 euros en 2003 (adscripción al IASS) y de 32.40 euros en septiembre de 2008 (liquidación de su contrato).

También consta la afirmación de la interesada según la cual ese complemento se abona a *todos los trabajadores* del IMSERSO "con independencia de la categoría que ostenten"; y que los demás trabajadores procedentes del IMSERSO siguen percibiendo "sin ningún problema" el citado complemento.

Y, a mayor abundamiento, existe Certificación emitida por órgano responsable en la materia de la Consejería actuante según la cual el complemento en cuestión no es absorbible, aunque sin mencionar la causa.

Por otra parte, la interesada alega que la disposición adicional tercera del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, publicado por Resolución de 13 de julio de 1987, disponía que la Ley de Presupuestos de 1988 establecería un Fondo destinado a financiar los "pluses establecidos en el presente Convenio, así como para corregir las posibles disfunciones que se produzcan en la aplicación del mismo". En esta línea, las Leyes presupuestarias, como la 5/2008, de 23 de diciembre, o la 13/2009, de 28 de diciembre, disponen en su respectivo art. 35.2 que por masa salarial debe entenderse el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales, "incluidos los pluses derivados de convenios en vigor". El citado Convenio de 1987 distinguía entre

“salario base, antigüedad y los distintos pluses que correspondan por el puesto de trabajo”. A lo que debe añadirse lo previsto en el apartado n) de la disposición adicional novena del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, aplicable a la interesada según la cláusula primera de su contrato vigente.

## IV

1. A la vista de lo hasta aquí expuesto, ha de deducirse que la garantía de conservación del complemento personal de referencia no solo resulta de los Convenios Colectivos y Leyes de Presupuestos aplicables, sino, fundamentalmente, de la exigencia de conservación del *status quo* retributivo del personal sometido a proceso de transferencia, que ocupa los puestos de trabajo relacionados a los funcionarios transferidos, en garantía de que tal personal no sufra menoscabo con ocasión de aquella transferencia en sus retribuciones, manteniendo los complementos que antes tenía en cada caso.

Por tanto, tal garantía y previsión exige que no varíe la situación profesional y contractual del interesado, de manera que deje de estar justificada, cesando el correspondiente mantenimiento retributivo, cuando se produce la variación, como ha sucedido en este supuesto que, a mayor abundamiento, supone acceder, mediante nuevo y distinto contrato, a un puesto laboral de distintas funciones y conceptos retributivos que el anterior al que por demás no es aplicable la disposición del Convenio que lo era respecto al puesto anterior.

En este contexto, resulta irrelevante que el complemento que percibía la interesada, en relación con el que se le asignó correlativo en la Comunidad Autónoma, al que ocupaba en su Administración de origen, fuese o no absorbible. Esto es, aun admitiendo que lo sea en el sentido contemplado en la normativa aplicable antes mencionada, teniéndolo en aquélla y conservándolo en ésta tras ser transferido, sin haber desaparecido mientras ocupó el puesto anexo a las funciones del IMSERSO cedidas por el Estado a la Comunidad Autónoma, junto con el personal correspondiente.

En todo caso, no debe obviarse que, de acuerdo con los Convenios, salvo los complementos de antigüedad y trienios, los restantes son absorbibles mediante futuras mejoras retributivas.

2. Pues bien, la apreciación de la causa de nulidad alegada requiere, como ha señalado este Consejo (Dictámenes 96/1999, 66/2006, 158/2007, entre otros) así como el Consejo de Estado (Dictámenes 3.491/1999, 2.347/2000, 2.817/2000, 1.381/2001, entre otros), no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición.

Así, no basta con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto, siendo preciso que constituyan los presupuestos de la estructura definitoria del acto, o bien, sean absolutamente determinantes para la configuración del derecho adquirido o la finalidad a alcanzar con su concesión.

En este caso, así ha de entenderse que sucede por las razones expuestas en el Fundamento precedente. Así, el acto de concesión del complemento vulnera la normativa aplicable y desconoce al hacerlo que es requisito esencial para obtener el complemento que el afectado mantenga su situación similar a la que tenía antes de ser transferido, teniendo un puesto de trabajo, y el contrato correspondiente, idéntico al que tenía antes y por el que percibía tal complemento; circunstancia que ocurre porque la interesada, al acceder a un nuevo puesto de trabajo y sujeta a otra contratación, ya no tiene la condición a la que conectaba, garantizándose su abono, el complemento personal del que se trata.

Procede, pues, la declaración de nulidad propuesta.

La solución a la que se llegue, en cualquier caso, debe ser aplicada a todos aquellos que se encuentren en la misma situación que la interesada.

Por último, teniendo en cuenta que la afectada por la revisión de oficio ha venido durante muchos años cobrando dicho complemento, que incluso se le ha reconocido por la Administración para su nuevo puesto de trabajo de auxiliar administrativo, percibiendo el mismo de buena fe, al serle concedido expresamente por un acto que ahora se anula, se estima que la anulación no debe suponer, por razones de equidad, que la interesada deba proceder a la devolución de los pagos recibidos por el citado complemento personal, derivados de la Resolución nº 09/10032, de 9 de noviembre de 2009.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución de revisión de oficio es conforme a Derecho, si bien en las condiciones previstas en el Fundamento III.4.