



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de enero de 2012.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución 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 citado Servicio (EXP. 31/2012 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 13 de enero de 2012, la Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, interesa preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario -al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), 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)- en relación con la Propuesta de Resolución 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 considerar que el derecho que otorga lo fue careciendo su titular de los "requisitos esenciales para su adquisición".

2. Se ha de significar que el presente procedimiento revisor fue incoado por Orden de 2 de noviembre de 2011, por lo que está próximo el vencimiento del plazo de caducidad que la Ley dispone cuando hayan transcurrido, como es el caso, más de

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

tres meses desde su incoación (art. 102.5 LRJAP-PAC), lo que obliga a la pronta emisión del Dictamen solicitado, pese a que lo fue por el procedimiento ordinario.

Se significa al respecto que esta es la tercera vez que el asunto de referencia es sometido a la consideración de este Consejo.

La primera dio lugar al DCC 625/2010, de 2 de agosto, que declaró la procedencia de la revisión, solución que:

“(...) 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”.

Sin embargo, la Orden que puso fin al procedimiento, de 8 de octubre de 2010, fue revocada por Orden de 22 de noviembre de 2010, toda vez que fue dictada “fuera del plazo de caducidad de tres meses” previsto en la Ley. Por Orden de 13 de diciembre de 2010, se procedió a la incoación de nuevo procedimiento de revisión, solicitando la interesada suspensión del procedimiento al efecto de formular alegaciones, con petición de traslado de copia de las actuaciones, presentándolas contra la Orden de 22 de noviembre de 2010. Tras traslado de expediente el 13 de enero de 2011, la interesada considera que se le había otorgado una “ampliación del plazo para presentar alegaciones y prueba”, lo que se denegó por Orden de 24 de enero de 2011.

Formulada nueva Propuesta de Resolución, se interesó el preceptivo Dictamen de este Consejo, quien emitió el Dictamen 148/2011, de 4 de marzo, concluyendo en que procedía “retrotraer las actuaciones” por considerar “necesario subsanar los defectos de tramitación”, pues “ha de emitirse el informe pertinente sobre las alegaciones de la interesada y producirse decisión expresa sobre su propuesta de prueba”.

Mediante Orden de 4 de abril de 2011, se declaró la caducidad del procedimiento incoado, por haber transcurrido el plazo al que la Ley anuda tal efecto.

Mediante Orden de 2 de noviembre de 2011, se incoa nuevo procedimiento revisor, presentando la interesada escrito de alegaciones el 28 de noviembre de 2011, mediante el que interesaba la práctica de prueba, la remisión del expediente y la suspensión del plazo para formular alegaciones. La copia del expediente se le entregó el 19 de diciembre de 2011, denegándosele de forma razonada las otras dos peticiones mediante Orden de 28 de diciembre de 2012.

Se redacta finalmente nueva Propuesta de Resolución estimatoria del procedimiento de revisión incoado.

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, el 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. un 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.

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, declarándose 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.

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.

III

1. Este Consejo en su Dictamen 625/2010, de 13 de septiembre, señaló que:

"(...) 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)».

2. De la documentación obrante en las actuaciones resulta información incompleta e incluso parcialmente contradictoria.

En el Dictamen emitido el Consejo estimó que:

“a (...) 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”.

Ahora bien:

“(…) 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”.

3. El anterior pronunciamiento debe ser reiterado con ocasión de esta nueva solicitud de Dictamen, la tercera, sobre el mismo asunto, pues la instrucción realizada no añade nada sustancialmente nuevo que obligue a una reconsideración de la argumentación utilizada en su día. En este sentido la petición de prueba por parte de la interesada fue desestimada de forma razonada, así como, en consecuencia, la

ampliación del plazo de alegaciones, por lo que nada nuevo hay que considerar al respecto.

No impide tal conclusión la afirmación de que a consecuencia del procedimiento de promoción interna convocado la interesada haya sostenido que no es cierto que “ha mejorado a categoría superior (...) dado que ambos puestos pertenecen al mismo grupo retributivo”. La razón de la estimación de la revisión es que el complemento se anuda a la conservación de la situación que la interesada “tenía antes de ser transferid(a)”; es decir, poseer un puesto de trabajo y contrato “idéntico al que tenía antes”, circunstancia que no concurre en este caso porque la interesada, al acceder a un nuevo puesto de trabajo, sujeto a otra contratación, “ya no tiene la condición a la que conectaba (...) el complemento personal del que se trata”.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución de revisión de oficio es conforme a Derecho, si bien la declaración de nulidad no debe conllevar, por razones de equidad, la devolución de los pagos recibidos en concepto del citado complemento personal de que se trata, por lo expuesto en el Fundamento III.2.