

CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

169. ACUERDO DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE FECHA 4 DE MARZO DE 2022. POR EL QUE SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR D. ENRIQUE MANZANEDO CARRERA.

El Consejo de Gobierno, en sesión ejecutiva Ordinaria celebrada el 4 de marzo de 2022, ha procedido a la aprobación de la propuesta de Consejería de Presidencia y Administración Pública, adoptando el siguiente acuerdo registrado al número 2022000091:

“

Visto Informe emitido por el Secretario Accidental del Consejo de Gobierno del tenor literal siguiente:

“Por parte del Excmo. Sr. Presidente de la Ciudad se ha dictado Decreto de Presidencia nº 144 de 16 de Febrero de 2022, en virtud del cual se dispone que se emita informe jurídico por parte del Secretario del Consejo sobre el Expediente con número de referencia 11162/2020 relativo al recurso potestativo de reposición interpuesto el 21 de Diciembre de 2021 por D. Enrique Manzanedo Carrera contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de Noviembre de 2021 relativo al nombramiento de Director General de Publicidad (BOME nº 5916 de 26 de Noviembre de 2021).

En virtud de lo establecido en el art. 13.5 b) del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME extraordinario nº 2 de 30 de Enero de 2017) esta Secretaría, como órgano competente informa lo siguiente teniendo en cuenta lo siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 21 de junio de 2021 se aprobaron las bases de la Convocatoria Para la Provisión del Puesto de Trabajo de Personal Directivo Profesional de Director General de Publicidad Institucional. (BOME 5873 de 29/06/2021), dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 60 del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad (BOME extraordinario nº 2 de 30 de Enero de 2017).

Segundo.- En el BOME 5886 del 13 de agosto de 2021, se publicó la relación de aspirantes admitidos y excluidos provisionalmente. En el BOME 5905 de 19 de octubre de 2021 se publicó la Orden nº 3567 de 18 de octubre de 2021, mediante la que se elevan a definitivas las listas de aspirantes admitidos y excluidos provisionales y se designa al órgano asesor para formular propuesta motivada al órgano competente del cargo de personal directivo de Director General de Publicidad Institucional.

Tercero.- El órgano asesor celebró tres sesiones, los días 22 de octubre y 4 y 5 de noviembre de 2021, analizando en esta última sesión la documentación aportada por los aspirantes admitidos y realizando las entrevistas contempladas en el punto 4.1 de las Bases de la convocatoria, previa convocatoria publicada en el BOME nº 5908 de 29 de octubre de 2021. En base a todo lo anterior, en la sesión celebrada el día 5 de novi el órgano asesor acordó por unanimidad realizar la siguiente propuesta motivada:

“De acuerdo con la evaluación de los documentos obrantes en los expedientes de los candidatos y que han sido debidamente justificados de manera documental, así como la defensa de sus méritos y capacidades en las distintas entrevistas llevadas a cabo, de lo que queda constancia en las distintas actas de las sesiones del presente órgano asesor, en base a los principios de mérito, capacidad y criterios de idoneidad, se propone a la Sra. Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio la siguiente terna motivada de aspirantes, en el orden de prelación que se indica:

1.- MANZANEDO CARRERA, ENRIQUE - Extensa formación universitaria y complementaria adecuada para el puesto - Desempeño de puestos en la Administración con responsabilidad en gestión de personal y contractual - Experiencia en puestos de trabajo relacionados con la publicidad institucional - Adecuada entrevista defendiendo toda la documentación e información aportada, así como amplios conocimientos en materia de publicidad institucional, gestión de personal y gestión de contratos administrativos. - Manifiesta predisposición a una dedicación intensiva para el ejercicio de puesto.

2.- HAMMAD MOHAMED, ABDELAZIZ - Formación universitaria y complementaria adecuada para el puesto. - Desempeño de puestos con en la Administración con responsabilidad en gestión de personal y contractual. - Adecuada entrevista defendiendo toda la documentación e información aportada, así como conocimientos en materia de gestión de personal y gestión de contratos administrativos. - Manifiesta predisposición a una dedicación intensiva para el ejercicio de puesto

3.- VALDIVIESO-MORQUECHO ESCUDERO, ANTONIO F - Formación universitaria y complementaria adecuada para el puesto. - Desempeño de puestos en la Administración con funciones en materia contractual. - Adecuada entrevista defendiendo toda la documentación e información aportada, así como conocimientos en materia de gestión de contratos administrativos. - Manifiesta predisposición a una dedicación intensiva para el ejercicio de puesto”.

Cuarto.- En virtud los antecedentes antes expuestos y acreditado en el expediente que los tres candidatos propuestos cumplan los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, conforme a las previsiones establecidas en la normativa vigente de provisión de puestos de trabajo mediante el procedimiento de libre designación, se elevó propuesta por la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio para *“El nombramiento de D. Abdelaziz Hammad Mohamed como Director General de Publicidad Institucional”*, acordándose por el Consejo de Gobierno mediante Acuerdo de 19 de Noviembre de 2021 (BOME nº 5916 de 26 de Noviembre de 2021).

Quinto.- Contra el precitado Acuerdo de nombramiento se interpuso recurso potestativo de reposición el 21 de Diciembre de 2021 por D. Enrique Manzanedo Carrera, aspirante incluido en primer lugar en la terna de candidatos propuestos por el órgano asesor solicitando:

“Que a tal efecto y en virtud de las alegaciones expuestas, se declare la nulidad o anulabilidad de la citada Orden y dicte una nueva en el sentido de:

1.- Que se respete la valoración del Tribunal de selección y se nombre Director General de publicidad según el orden de prelación publicada en el BOME a D. Enrique Manzanedo Carrera que es, el candidato que cumple con todos los requisitos que anteriormente se han expuesto entre los que destaca “amplia experiencia en puestos de responsabilidad relacionados con la Publicidad Institucional” y que no poseen el resto de candidatos”.

2.- Que se aplique la retroacción de las actuaciones con revocación de la orden impugnada y dejar sin efecto el nombramiento de D. Abdelaziz Hammad Mohamed ya que para el puesto de director general de publicidad no acredita el cumplimiento de los requisitos o idoneidad para dicho puesto (según valoración del propio tribunal de selección no posee siquiera ningún conocimiento y/o experiencia en publicidad institucional)”.

Sexto.- Con fecha 14 de Enero de 2022 se trasladó el recurso presentado a Abdelaziz Mohamed para que en el plazo de diez días alegara lo que estimara procedente sin que conste que en el plazo señalada se haya aportado alegación alguna respecto al recurso presentado por el Sr. Manzanedo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Respecto a la competencia para emitir el informe solicitado, el art. 13.5 b) del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME extraordinario nº 2 de 30 de Enero de 2017) atribuye al Secretario del Consejo de Gobierno “La asistencia y asesoramiento legal preceptivo al Consejo de Gobierno, a petición del Presidente o, al menos, tres de sus miembros”.

En cuanto a la naturaleza del informe, de conformidad con el artículo 80.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tiene carácter no vinculante pudiendo apartarse del mismo, de forma motivada, el Consejo de Gobierno, como órgano competente para resolver el recurso potestativo de reposición interpuesto.

Segundo: La Legislación aplicable, para conocer el asunto planteado, es la siguiente:

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo que aprueba el Estatuto de Autonomía de Melilla.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público
- R.D. 364/95 de 10 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado
- Reglamento del Gobierno y la Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME extraordinario nº 2 de 30 de enero de 2017).
- Reglamento de la Consejería de Administraciones Públicas (BOME nº 4.666 de 4 de diciembre de 2009).
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de distribución de competencias de 19 de Diciembre de 2019 (BOME Extraordinario número 43 de 19 de Diciembre de 2019).

Tercero: Para informar respecto a la impugnación del Sr. Manzanedo debemos partir de la figura del personal directivo profesional en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Melilla atendiendo al **segundo párrafo del art. 54.1 del Reglamento de Gobierno y Administración: “Los Directores Generales se configuran como personal directivo profesional, previsto en el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público”**. Esta remisión al **artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)** es coherente atendiendo la naturaleza básica de la norma, a que la Ciudad Autónoma de Melilla se encuentra incluida expresamente en su ámbito de aplicación en su **artículo 2.1 b)** y a que su **Disposición Adicional**

Tercera al regular las especialidades de las Ciudades de Ceuta y Melilla dispone la aplicación del Estatuto Básico a la función pública de sus respectivas Administraciones Públicas.

De este modo, el **artículo 13 del TREBEP** establece la regulación estatal básica del personal directivo profesional con el siguiente contenido literal:

'El Gobierno y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. *Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.*
2. ***Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.***
3. *El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.*
4. *La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección."*

Como vemos el **artículo 13.2 del TREBEP** exige para la designación de los directivos públicos profesionales, donde se encuadran los Directores generales de la Ciudad atendiendo al **segundo párrafo del art. 54.1 del Reglamento de Gobierno y Administración**, un procedimiento con cuatro requisitos fundamentales:

1. **la idoneidad (esto es, el candidato al puesto directivo debe acreditar el perfil de competencias exigido para el desempeño del cargo).**
2. **el mérito y la capacidad (en el procedimiento de acreditación debe medirse la experiencia y los conocimientos de los aspirantes de forma objetiva).**
3. la publicidad (deben convocarse los puestos directivos de forma tal que puedan participar en estos procesos todos los que dispongan de los requisitos exigidos en cada convocatoria).
4. la concurrencia (lo que debe dar lugar a procesos competitivos abiertos a diferentes candidatos que reúnan los requisitos exigidos en las convocatorias).

A tenor de lo anterior, el **artículo 60.3 del Reglamento de Gobierno y Administración** dispone que **"La designación del personal directivo se realizará conforme a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia"** sometiendo la obligatoriedad de someter la cobertura de las Direcciones Generales de la Ciudad a procedimientos públicos y concurrentes.

La Ciudad Autónoma de Melilla, en virtud de su autonomía reforzada y reconocida por la legislación y la jurisprudencia, cuenta en el **TREBEP** con una **Disposición Adicional Tercera**, específica para sus funcionarios propios, que regulan un sistema de fuentes particular en materia de función pública que permite a su Asamblea desarrollar el propio TREBEP mediante normas de carácter reglamentario en el marco de su Estatuto de Autonomía, pudiendo regular el **"procedimiento de provisión de puestos directivos así como su régimen de permanencia y cese"**. Así y en desarrollo del precepto del Estatuto Básico el **art. 60.3 del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad** establece que la designación del personal directivo se realizará conforme a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

Por tanto, cuando la Ciudad Autónoma pretende seleccionar a un directivo público profesional y a la vista de lo dispuesto en el Reglamento, debe publicar la correspondiente Convocatoria en el Boletín Oficial de la Ciudad de Melilla y en su caso, en la página web de la Ciudad, otorgando un plazo no inferior a quince días para la presentación de solicitudes de los interesados, especificando si el procedimiento de selección incluye, junto a la evaluación del currículum de los candidatos, una entrevista o la elaboración de una memoria y el contenido de la misma.

El proceso de selección se realizará, preferentemente, mediante la constitución de un órgano asesor compuesto por profesionales cualificados y especializados, que formularán propuesta motivada al órgano competente incluyendo, si ello es posible, tres candidatos por cada cargo a cubrir, debiendo publicarse la designación en el Boletín Oficial de la Ciudad.

Asimismo, para la selección del personal directivo y en lo no dispuesto en el TREBEP y el Reglamento de Gobierno y Administración, se seguirán las previsiones establecidas en la normativa vigente sobre provisión de puestos de trabajo, mediante el procedimiento de libre designación.

Cuarto: De conformidad con todo lo anterior, las designaciones para cargos de personal directivo profesional de la Ciudad Autónoma de Melilla conforman unos supuestos específicos y singulares dentro

de la categoría general de los actos de naturaleza discrecional, consistiendo su singularidad en se basan en la idoneidad del candidato, junto a la capacidad y el mérito, como los criterios esenciales para proceder al nombramiento.

En este sentido debe señalarse que cuando la potestad es discrecional, el órgano administrativo tiene la posibilidad de optar entre varias alternativas igualmente válidas y justas gozando de cierto margen de libertad para apreciar cuál es la solución que satisface mejor el interés público y proceder en consecuencia, claro está, dentro de los límites fijados en la norma, con el fin que ella persigue y según las formas, requisitos y principios aplicables a la actividad administrativa debiendo ser debidamente motivada como señala el art. 35.1 i) de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas “1. **Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa**” en relación con su art. 35.2 “La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, **debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte**”.

En el contexto precitado, no puede obviarse que el ejercicio de las facultades discrecionales lleva implícito el deber de una mayor motivación del acto, requisito que aparece como una necesidad tendente a la observancia del principio de legalidad de la actuación de los órganos competentes y, desde el punto de vista del particular, responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, además de constituir uno de los elementos de mayor importancia para juzgar la razonabilidad del acto siendo como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 1998 “**indispensable que la Administración, exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lo lleve a su decisión**”.

El art. 60.5 del Reglamento de Gobierno y Administración de la Ciudad dispone que “Asimismo, para la selección del personal directivo y en lo no dispuesto en el Reglamento de Gobierno y Administración, se seguirán las previsiones establecidas en la normativa vigente sobre provisión de puestos de trabajo, mediante el procedimiento de libre designación” debiendo traerse, por tanto, a colación al supuesto que nos ocupa, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera (Sección 4ª) Nº 998/2020, de 14 de julio (rec. 243/2018) y Nº 1198/2019, de 19 de septiembre (rec. 2740/2017), que afirman que la doctrina legal exige expresar para el nombramiento por libre designación “**tanto los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento (exigencias de carácter sustantivo), como cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar su mayor idoneidad**”.

En este sentido a juicio de esta Secretaría tal exigencia no se constata en el caso de la actuación recurrida por cuanto el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de Noviembre de 2021 (BOME nº 5916 de 26 de Noviembre de 2021) por el que se designa como Director General de Publicidad a D Abdelaziz Hammad Mohamed solo expresa que “acreditado en el expediente que los tres candidatos propuestos cumplieran los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, conforme a las previsiones establecidas en la normativa vigente de provisión de puestos de trabajo” proponiéndose por la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio “El nombramiento de D. Abdelaziz Hammad Mohamed como Director General de Publicidad Institucional” sin justificar motivadamente los méritos concretos que otorgan al seleccionado las condiciones de mérito, capacidad e idoneidad precisas, exigidas por la normativa, que otorgan su designación respecto a los otros dos candidatos propuestos por el órgano asesor.

En estas circunstancias, la motivación no es que sea insuficiente, sino mas bien es inexistente respecto a la preferencia del Sr. Abdelaziz sobre el Sr. Manzanedo, lo cual además de generar indefensión se estima que, efectivamente, vulnera los principios legales y reglamentarios de mérito, capacidad e idoneidad para optar a un puesto de personal directivo profesional de la Ciudad, impidiendo al recurrente acceder en condiciones de igualdad, pese a reunir los requisitos de la convocatoria y acreditar en el expediente estar sobradamente capacitado para el mismo

De la propuesta de acuerdo elevada por la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio no es posible conocer cuáles sean las condiciones concretas que llevan a concluir que el seleccionado tenga una mayor idoneidad profesional que le haga merecedor de la designación pues no cabe olvidar que de conformidad con el TREBEP y el Reglamento de Gobierno debe proyectarse siempre sobre la aptitud profesional de los candidatos y demostrarse con una motivación suficiente.

En cuanto a la pretensión del recurrente de “Que se respete la valoración del Tribunal de selección y se nombre Director General de publicidad según el orden de prelación publicada en el BOME a D. Enrique Manzanedo Carrera que es, el candidato que cumple con todos los requisitos que anteriormente se han expuesto entre los que destaca “amplia experiencia en puestos de responsabilidad relacionados con la Publicidad Institucional” y que no poseen el resto de candidatos” debe matizarse, como hemos ya señalado, que no estamos ante un Tribunal de Selección de ingreso a la función pública, sino ante un órgano asesor de un procedimiento de personal directivo profesional conformada por especialistas que sirven de filtro y apoyo a la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio para elevar la propuesta del candidato idóneo para

desempeñar el puesto, sin que el orden de preferencia establecido por el mismo tenga carácter vinculante sin perjuicio de la adecuada motivación que deba hacer si optara en virtud de sus facultades discrecionales por apartarse del orden de preferencia establecido por el órgano asesor.

Consiguientemente, se comparte que existe falta de motivación de la resolución combatida ante la omisión por parte de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio de la justificación acerca de qué cualidades o condiciones personales y profesionales han sido consideradas para apreciar el mérito, la capacidad y la idoneidad del designado en detrimento de los otros candidatos por lo que procedería retrotraer el procedimiento al momento de dictar la propuesta de resolución debiendo expresarse en la misma los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y las cualidades o condiciones personales y profesionales consideradas en quien finalmente se proponga, para poder apreciar que concurren en mayor medida que en el resto de los aspirantes, siguiendo el procedimiento hasta efectuar un nombramiento debidamente motivado.

CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, y a modo de conclusión, se informa lo siguiente:

Procede, a juicio de esta Secretaría, estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto el 21 de Diciembre de 2021 por D. Enrique Manzanedo Carrera contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de Noviembre de 2021 relativo al nombramiento de Director General de Publicidad (BOME nº 5916 de 26 de Noviembre de 2021) debiendo retrotraerse las actuaciones para efectuar una nueva propuesta de nombramiento por parte de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio que exprese los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y las cualidades o condiciones personales y profesionales consideradas en quien se proponga, para poder apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes, siguiendo el procedimiento hasta efectuar un nombramiento debidamente motivado.

Este es mi parecer que someto a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida no sufre en caso alguno, otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Lo que se traslada para su conocimiento y efectos."

Por todo lo anterior y de conformidad con los documentos aportados al expediente, **vengo en proponer al Consejo de Gobierno** lo siguiente.

Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto el 21 de Diciembre de 2021 por D. Enrique Manzanedo Carrera contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de Noviembre de 2021 relativo al nombramiento de Director General de Publicidad (BOME nº 5916 de 26 de Noviembre de 2021) debiendo retrotraerse las actuaciones para efectuar una nueva propuesta de nombramiento por parte de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio que exprese los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y las cualidades o condiciones personales y profesionales consideradas en quien se proponga, para poder apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes, siguiendo el procedimiento hasta efectuar un nombramiento debidamente motivado.

Lo que le traslado para su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad. Contra este acuerdo que es firme en vía administrativa, sólo se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro del plazo de dos meses. Igualmente cabrá el recurso extraordinario de revisión en los supuestos del artículo 125 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Todo ello sin perjuicio de cualquier otro recurso o acción que se estime procedente

Melilla 7 de marzo de 2022,
El Secretario Acctal. del Consejo de Gobierno,
Antonio Jesús García Alemany