BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ065767

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 635/2021, de 6 de mayo de 2021
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)
Rec. n.º 150/2020

SUMARIO:

Proceso selectivo de funcionarios. Utilización de medios electrónicos. Bases de oposiciones. Modificación. Motivación. Anulación de bases.

Impugnación de convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a las plazas de formación sanitaria especializada como medicina, farmacia y otras especializadas, de forma telemática.

Las bases de la convocatoria de un proceso selectivo son la ley de la convocatoria y vinculan tanto a los participantes como a la Administración. Se trata de un principio declarado en constante jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, como manifestación del principio de seguridad jurídica y sometimiento de la Administración al principio de legalidad y garantía del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí que modificarlas, incluso en la hipótesis de que el Estado de Alarma lo impusiese, requeriría expresa y suficiente motivación.

Aun admitiendo, que la situación de estado de alarma habilitara al Ministro de Sanidad para imponer a los participantes la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, a los efectos de este proceso de adjudicación de plazas ello no justificaría que al imponerse un sistema de relación electrónica se menoscabe el ejercicio de ningún derecho de los participantes. Es una carga de la Administración habilitar los cauces para posibilitar el ejercicio efectivo de todas y cada una de las facultades de los participantes, y en caso de que ello no resultase factible, justificar debidamente las circunstancias para que se pudiera ponderar la proporcionalidad del sacrificio del derecho afectado, en este caso el de optar por retrasar el turno de elección. Pero ni la Orden recurrida se ocupa de justificar la ablación de esta facultad al imponer el sistema de relación electrónica, ni tampoco se ha intentado en el proceso. En definitiva, al eliminar el sistema de comparecencia personal que sí hacía factible el ejercicio de la facultad de «retrasar turno» garantizado en la convocatoria, se vulneró injustificadamente la vinculación a las bases de la convocatoria, que opera tanto para la Administración como para los participantes. La vulneración de este principio, expresión del de seguridad jurídica y legalidad determina, la anulación del art. 2 de la Orden recurrida en los términos solicitado.

Existe reserva de ley para imponer modos de relacionarse electrónicos, o la decisión por el órgano expresamente habilitado por ley, por lo que es insuficiente la cobertura de la propia ley general administrativa para autorizar directamente para que las órdenes ministeriales establezcan tal obligación y es preciso satisfacer cumplidamente tanto los presupuestos que habilitan para tal imposición, como el instrumento formal necesario, que es el reglamento. Tampoco se ha verificado o constatado la razón de «capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos» que acrediten que los participantes en el proceso selectivo en cuestión tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Se anula la imposición de la elección electrónica de plazas (en vez de presencial). Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley 39/2015 (LPAC), art. 14 y disp. final sexta.
RD 463/2020 (estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.), art. 4.3 y disp. adic. tercera.
RD 364/1995 (Rgto. Gral. de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado), art. 15.
RDL 21/2020 (medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19), art. 2.3.
Ley 40/2015 (LRJP), arts. 3.1, 61 a) y 62.1.
RDLeg. 5/2015 (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), art. 55.
Constitución Española, arts. 9.3, 23.2 y 106.1.
Ley 50/1997 (Del Gobierno), art. 24.

PONENTE:

Don Rafael Toledano Cantero.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 635/2021

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 150/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: MINISTERIO DE SANIDAD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 150/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

SENTENCIA

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente
Dª. Celsa Pico Lorenzo
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
Dª. María del Pilar Teso Gamella
D. José Luis Requero Ibáñez
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 150/2020, interpuesto por doña Teodora, don Jesús Ángel, doña Adriana, doña Amelia, doña Antonieta, doña Belinda, doña Carla, doña Celsa, doña Crescencia,

doña Elisabeth, doña Enma, don Darío, doña Felicisima, doña Genoveva, doña Isabel, doña Justa, doña Loreto, doña Margarita, don Hipolito, doña Nieves, don Jon, don Leon, don Manuel, doña Silvia, doña Valle, don Samuel, don Severiano, doña Antonia, doña Bernarda, doña Casilda, doña Constanza, doña Dolores, doña Emilia, doña Estela y doña Felicidad, representados por la procurador de los Tribunales doña Matilde Solsona Solaz, bajo la dirección letrada de don Francisco José Pérez Martínez, contra el artículo 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, que modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias degrado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física; y contra la resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Ordenación Profesional, por la que se convocan los actos de adjudicación de plaza correspondientes a las pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física que establece el calendario y turnos de selección de plazas.

Comparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el día 1 de julio de 2020, contra el artículo 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo y la resolución de 8 de junio de 2020, citadas en el encabezamiento.

Segundo.

Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda, presentado el día 28 de agosto de 2020, se hacen las alegaciones oportunas, y se solicita que este Tribunal que:

"[...] se dicte sentencia por la que se estime la presente demanda por ser contrario a derecho el art. 2 de la Orden SND/411/2020,de 13 de mayo, recurrida, en cuanto aquellas previsiones que imponen, de forma excluyente de la solicitud presencial, la solicitud electrónica así como la anulación de la derogación de aquellas medidas de la Orden SCB/925/2019 de 30 de agosto, que posibilitaban y reconocían el derecho de solicitud presencial y el ejercicio del derecho a retrasar elección, acordando que la elección de plazas era compatible tanto la vía presencial como la telemática, condenado a la administración a estar y pasar por esa declaración, con condena en costas si se opusiera".

Tercero.

Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, el Abogado del Estado presenta, el día 23 de septiembre de 2020, escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica "tenga por contestada la demanda y, en su día, dicte sentencia desestimatoria de este recurso con los demás pronunciamientos legales".

Cuarto.

Mediante escrito presentado el 3 de agosto de 2020, la procuradora Sra. Solsona Solaz solicitó la acumulación del presente recurso al que se seguía en esta misma Sala con el núm. 175/2020, para su tramitación conjunta, que fue acordada por auto de 6 de noviembre de 2020.

Quinto.

Por auto de 25 de noviembre de 2020 se denegó el recibimiento del pleito a prueba solicitado por la parte actora, ordenando unir a los autos la documentación que se acompaña al escrito de contestación a la demanda.

En diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2020 se concedió a las partes plazo para formular conclusiones, trámite que fue evacuado por las mismas mediante sendos escritos presentados el 28 de diciembre de 2020 y el 7 de enero de 2021, respectivamente, tras lo que se declaró concluso el recurso y pendiente de señalamiento.

Sexto.

Se señaló para votación y fallo del recurso el día 13 de abril de 2021, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

El presente recurso contencioso administrativo se interpone contra el artículo 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, del Ministerio de Sanidad, que modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física y frente a la resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Ordenación Profesional, por la que se convocan los actos de adjudicación de plaza correspondientes a las pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física que establece el calendario y turnos de selección de plazas .

Segundo. *Las alegaciones de los demandantes.*

Los recurrentes son participantes en el proceso selectivo convocado en la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina.

Alegan que la Administración, a través de la modificación de la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, ha modificado las bases de la convocatoria ya en curso, y ha impuesto y exigido a los aspirantes la opción de la vía telemática para la elección de las plazas, sin dejar lugar a la opción personal que permitía la convocatoria originaria, imponiendo a los participantes, que son personas físicas, una obligación de relacionarse con la Administración mediante forma electrónica, que conforme el artículo 14.1º y 14.3º de la Ley Procedimiento Administrativo Común no les puede ser exigida. Niegan que la Orden 411/2020, de 13 de mayo, recurrida, tenga rango normativo suficiente ni reúna las características necesarias, tampoco la motivación, para introducir la obligación de los participantes en el proceso selectivo en cuestión de relacionarse con la Administración responsable del mismo de forma electrónica. Invocan la vulneración del principio de jerarquía normativa.

Rechazan la justificación pretendida por la Administración, que invoca razones sanitarias, por existir medios para impedir la excesiva concentración de personas, ampliando las sesiones a la tarde o habilitando otros espacios, y la posibilidad de adoptar medidas de prevención como las que son usuales en cualquier tipo de actividad y que ya están establecidas ampliamente en todos los sectores de actividad. Consideran infundada la justificación en razones de imposibilidad o dificultad en los desplazamientos al haber decaído el estado de alarma, y cualquier restricción a los desplazamientos en todo el territorio nacional. Sostienen que el sistema de solicitud electrónica no es fiable ya que, dicen, "[...] la plataforma no es garantista ni ofrece un mínimo de seguridad, menos aún comparado con el sistema de elección personal que sí lo permite dado que este sistema, aplicado hasta la fecha, se organiza por turnos, los aspirantes eligen en directo y en persona conociendo el listado de plazas que se han agotado ya y pudiendo reorganizar y cambiar su elección de forma inmediata; a la par que permite garantizar que no hay errores informáticos y que ningún aspirante se ve privado injustamente de su plaza". Destacan insistentemente que, según el sistema establecido en la reforma de las bases de la convocatoria, l"[...] el aspirante que no cumpla con la petición de plaza, se le tendrá por renunciado expresamente y ello significa que si un aspirante tiene problemas para acceder a la web de petición de plaza por la razón que sea, se le tendrá por desistido de la petición de plaza para el año 2020 y no tendrá una segunda oportunidad para solicitar plaza lo que supone un claro perjuicio económico, personal y profesional pues deberá esperar hasta el año próximo para seleccionar plaza, comenzar a formarse y trabajar", lo que ponen en contraste con las posibilidades de evitar tal circunstancia que les proporcionaba el sistema anterior, que permitía la presentación de la solicitud incluso después de haber dejado correr el turno de prioridad por puntuación.

Tercero. *La oposición de la Administración demandada.*

Por su parte, la Abogacía del Estado, en representación de la Administración General del Estado demandada, reconoce en la contestación a la demanda que "[...] [e]n efecto, la Orden SCB/925/2019, en su Apartado Octavo, preveía que la elección de la plaza por parte de los aspirantes que hayan alcanzado la puntuación mínima se lleve a cabo electrónicamente o bien por comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal [...]", pero a continuación añade que "[...] [s]in embargo, en el contexto de estado de alarma en que se elaboró y dictó la Orden SND/411/2020 y con las medidas de contención adoptadas a propósito del mismo, resultaba imposible permitir la comparecencia física de los aspirantes en el Ministerio de Sanidad o en cualquier otro lugar habilitado al efecto, por lo que se planteó la necesidad de obligar a todos los aspirantes a solicitar la adjudicación de la plaza por medios electrónicos, y si así fuere, a través de qué tipo de norma [...]" (págs. 2-3).

Mantiene que si bien "[...], la Orden SCB/925/2019 preveía un sistema de solicitud de adjudicación de plazas que permitía al aspirante optar, a su voluntad, entre la adjudicación electrónica o la presencial [...]", sin embargo y "[...] desde un punto de vista formal, la modificación de este sistema, haciendo obligatoria la adjudicación electrónica por las circunstancias del estado de alarma, requeriría únicamente la modificación de la Orden SCB/925/2019 a través de una Orden de la actual persona titular del Ministerio de Sanidad, pues se respetaría así el principio de jerarquía normativa que consagra el art. 24.2.2º de la Ley 50/1997,de 27 de Noviembre, del Gobierno [...]" (pág. 3).

Admite que el art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ["LPAC"], "[...] como es bien sabido, sólo establece la obligación de relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos para los sujetos enumerados en su apartado 2, entre los que no se encuentran las personas físicas [...]", y no niega que esa excepción es el caso de los recurrentes. Sin embargo, sostiene que no existe vulneración del mandato del art. 14.4º de la LPAC, que establece la exigencia de desarrollar por vía reglamentaria la obligación de que las personas físicas deban relacionarse por medios electrónicos con la Administración, ya que la orden recurrida, que a su juicio así lo dispone, cumple este requisito, porque "[...] nuestro ordenamiento jurídico administrativo no atribuye la potestad reglamentaria únicamente el Gobierno en cuanto órgano colegiado, sino también a cada uno de su miembros [...]", afirmación que sustenta en que "[...] el art.61.a) de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando otorga a los Ministros, entre otras funciones, la de "ejercer la potestad reglamentaria en materias propias de su departamento", [lo que] facultaría a la persona titular de un Ministerio para dictar los llamados reglamentos administrativos internos o ad intra, relativos a la organización interna de los servicios del departamento o a las relaciones de sujeción especial [...]" (pág. 3).

Pese a lo anterior, reconoce que existen posiciones controvertidas sobre la potestad reglamentaria ad extrade los Ministros y que "[...] es una pregunta ya clásica en la doctrina de las fuentes del ordenamiento administrativo la siguiente: ¿Puede, no obstante, un Ministro dictar un reglamento distinto de los anteriores?¿Ostenta un Ministro potestad reglamentaria para dictar un reglamento ad extra ,que exceda del ámbito puramente organizativo, y que afecte a derechos y obligaciones de los ciudadanos?".

Sostiene que "[...] [l]a respuesta a esta pregunta es afirmativa si nos atenemos a lo expresamente previsto en el art. 24.2.2º de la Ley del Gobierno, citada anteriormente, que admite la existencia de reglamentos que revistan la forma de disposiciones aprobadas por Orden Ministerial [...]", aunque, a renglón seguido, reconoce que "[...] para que un Ministro pueda ejercer una potestad reglamentaria ad extra, en el sentido inmediatamente comentado, es preciso que una norma con rango de Ley le habilite expresamente para ello, de manera particular y no general. Los Ministros, en tal caso, pueden dictar reglamentos ad extra porque actúan en ejercicio de una atribución legal específica [...]". Sin embargo, mantiene que "[...] [e]n el contexto de estado de alarma en el que se elaboró y dictó la Orden impugnada, la habilitación del art.4.3 del RD 463/2020, que confiere al Ministro de Sanidad como autoridad delegada la potestad de dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias para la protección de personas, bienes y lugares, satisface las exigencias de habilitación ex lege descritas en el apartado anterior [...]" (pág. 4).

Añade que, "[...] [a] mayor abundamiento, la legislación dictada bajo el estado de alarma constituye una normativa especial cuya relación con el ordenamiento jurídico común no se lleva a cabo a través del principio de jerarquía normativa sino a través del principio de competencia (la Autoridad competente principal prevista en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio y las Autoridades competentes delegadas previstas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente). Es decir, la normativa dictada bajo el estado de alarma acota un ámbito competencial diferente cuya relación con la normativa dictada fuera del estado de alarma no se resuelve en función del principio de jerarquía normativa sino del principio de competencia dentro de los términos de la Constitución, la Ley Orgánica 4/1981 y los propios Decretos de instauración y prórroga del estado de alarma [...]", y tacha de "[...] irrelevante el hecho de que [...] [hubiera] terminado el estado de alarma [...]" con anterioridad a la fecha en que se convocó el inicio del proceso de adjudicación de plazas, pues el estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020 finalizó el día 21 de junio de 2020, y la resolución de 8 de junio de 2020 por la que se determinó la fecha de inicio del proceso de adjudicación de plazas se dictó días después del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio que aprobó la última prórroga.

Destaca que se estableció un sistema de asistencia telefónica a los usuarios del sistema de solicitud de telemáticas que funcionaba 14 horas diarias 7 días a la semana. Invoca la discrecionalidad técnica de la Administración y afirma que no cabe duda que la aplicación de la adjudicación electrónica elaborada por el Ministerio entra dentro de esa discrecionalidad técnica de la Administración añadiendo que "[...] ha de reconocerse la discrecionalidad técnica de la Administración tratándose de cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico y que escapan por su propia naturaleza al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales [...]" (pág. 8).

Argumenta que "[...] [l]a finalidad de las disposiciones impugnadas no fue otra que, atendiendo a la situación de urgencia extraordinaria motivada por la pandemia del COVID.19, garantizar y proteger la vida y la salud de todos los que debieran intervenir en la adjudicación de las plazas (aspirantes, empleados públicos, etc.) así como evitar la propagación del virus entre la población en general. Se trata, por tanto, de un interés general de la máxima intensidad que debe prevalecer sobre el interés particular de una mínima parte de los aspirantes a que se llevase a cabo la adjudicación de forma presencial [...]" (pág. 8).

También considera que las previsiones del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que, remarca, "[...] [a] día de hoy todavía se encuentra vigente [...]", contienen una serie de medidas tanto en materia de prevención e higiene, como en materia de transportes o para garantizar las capacidades del sistema sanitario que avalarían la adopción del uso de medios electrónicos para la adjudicación de las plazas debatidas incluso en la hipótesis de que esa decisión se hubiese adoptado inicialmente una vez terminado el estado de alarma. Asevera que "[...] [e]sas medidas urgentes del Real Decreto- ley 21/2020 "serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 " (artículo 2.3) [...]" (pág. 9).

Respecto al argumentación de la demanda sobre la modificación de las bases de la convocatoria, considera que "[...] decir que las bases de las convocatorias son la ley de esas pruebas selectivas es una metáfora que no impide que las mismas puedan ser modificadas", y que, "[...] [e]n el presente caso, la modificación de las bases no lo ha sido con arreglo a esas normas de la LPAC sino debido a la situación y conforme a la normativa reguladora del estado de alarma [...]", ya que el procedimiento quedó suspendido a la promulgación del estado de alarma y que la reanudación del "[...] procedimiento de adjudicación de plazas de formación sanitaria especializada se encontraba vinculado, en el momento en que se dictan las resoluciones impugnadas, a una de las situaciones de hecho que han provocado la declaración de tal estado, cual es el reforzamiento del Sistema Nacional de Salud, por lo que era forzoso concluir que la reanudación del procedimiento de formación sanitaria especializada encontraba debido y suficiente amparo jurídico en el anteriormente transcrito párrafo cuarto de la Disposición Adicional Tercera del RD 463/2020 [...]" (pág. 11); y que, respecto a la reanudación del procedimiento, "[...] correspondía ordenar la misma al órgano competente para la tramitación y resolución de aquel según la Orden SCB/925/2019, esto es, a la persona titular de la Dirección General de Ordenación Profesional - apartados séptimo y octavo de la Orden - mediante resolución motivada [...]" (pág. 12).

Finaliza exponiendo que resultaría paradójico admitir la tesis de la demanda ya que -se dice-, "[...] el estado de alarma y sus prórrogas han decretado una limitación general de la libertad de circulación de las personas, una suspensión general de las actividades de los diversos sectores, incluso limitaciones en las ceremonias de enterramientos, prohibición de velatorios, etc, mas he aquí que el estado de alarma no puede, según la demanda, dejar sin efecto, dos modestas bases accesorias de una convocatoria de pruebas selectivas (solicitud de plazas de forma presencial y "dejar pasar turno") que carecen de toda incidencia en los principios constitucionales de mérito y capacidad puesto que solo tienen relevancia en una mayor o menor comodidad en la forma de solicitar la plaza y en unos intereses particulares de aquellos que deseen "pasar turno" que son ínfimos [...]" (pág. 12).

Cuarto. *Antecedentes: el proceso de selección y adjudicación de plazas de formación sanitaria especializada.*

Conviene explicar cómo se desarrollan las fases del procedimiento de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada y en qué momento del proceso selectivo se incardinan los actos recurridos que, en cuanto a la Orden SND/411/2020 impugnada, ha supuesto la modificación de las bases de una convocatoria que ya estaba en avanzado estado de desarrollo, concretamente en fase de adjudicación de plazas.

La formación sanitaria especializada por el sistema de residencia (en el caso de los médicos conocido como MIR, acrónimo de médico interno residente) constituye un elemento esencial de nuestro sistema de sanidad, al tiempo que, desde la perspectiva profesional de los licenciados y graduados en las distintas ciencias de la salud, una fase esencial de su formación, puesto que el ejercicio profesional requiere, inexcusablemente en el caso de la Medicina, no sólo la obtención de la licenciatura o grado, sino también la del título de especialista en un área de especialización médica, siendo el sistema de formación sanitaria especializada el que de forma generalizada y mayoritaria permite accede a esta titulación.

En efecto, superadas las pruebas, puede accederse a la adjudicación de plaza de formación sanitaria especializada como médico interno residente y, tras concluir los periodos de formación establecidos en cada especialidad (de varios años), se puede obtener el título profesional de médico especialista. Cada año el Ministerio de Sanidad convoca un proceso selectivo que se compone de una fase de selección y, para aquellos que superen las pruebas selectivas y alcancen una determinada puntuación mínima, la posibilidad de acceder a la fase de adjudicación de plazas ofertadas en el sistema de formación sanitaria especializada en las distintas especialidades y en los diversos centros hospitalarios y unidades acreditadas como unidades docentes, ofertándose un determinado número de plazas cada año. La elección de estas plazas de especialidad y unidad docente se realiza por riguroso orden de puntuación y con las medidas de acción positiva para el turno de discapacitados que prevé la Orden de convocatoria de cada año.

En el año 2019 el proceso se convocó por la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto, que reguló la totalidad del proceso selectivo incluida la fase de adjudicación de plazas. Las pruebas selectivas previstas se celebraron el día 25 de enero de 2020, tras lo cual se publicaron los listados definitivos de participantes que, por haber alcanzado la puntuación mínima, tenían derecho a participar en el proceso de adjudicación de plazas. No se ha cuestionado en este proceso que todos los recurrentes en el presente procedimiento constan en el listado de medicina con derecho a participar en el proceso de adjudicación.

Quinto. *El juicio de la Sala. Las bases de la convocatoria que han sido modificadas por la Orden recurrida atribuían determinados derechos y facultades de los participantes.*

Los recurrentes, como se ha explicado anteriormente al exponer la posición de las partes, sostienen que se les han impuesto unas restricciones en el modo de solicitar las plazas que les obligan a hacerlo electrónicamente, con exclusión del sistema presencial que estaba previsto como compatible con aquella opción y que les ofrecía unas garantías que no consideran presentes en el sistema electrónico. Además, alegan que el sistema obligatoriamente electrónico limita las posibilidades también de adjudicación de plazas y flexibilidad en la forma y momento de la solicitud de que disponían con el presencial, y que todo ello no lo permite el sistema electrónico obligatorio, impuesto, a su juicio, sin las garantías normativas que exige el art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

En las bases de la convocatoria convocada por la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto, publicada en el BOE de 9 de septiembre de 2019, se regula de manera detallada el proceso de adjudicación de plazas al que han concurrido y superado los recurrentes, y por lo que hace a la solicitud, su apartado octavo establecía lo siguiente:

"[...] La adjudicación de plazas se efectuará atendiendo a la solicitud que formulen las personas que hayan alcanzado la puntuación mínima, por riguroso orden de mayor a menor puntuación total individual reconocida en la relación definitiva de resultados.

En los actos de adjudicación se observarán las siguientes reglas:

Primera: La elección de plaza se llevará a cabo electrónicamente, con sujeción a las indicaciones que se contienen en el anexo V de esta convocatoria, o bien, por comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida las personas que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos anteriormente citados.

Segunda: Las personas que opten por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar.

Tercera: Una vez adjudicada la plaza, no se admitirá nueva petición de otra, ni siquiera en el caso de renunciar a la primera [...]".

Por tanto, el sistema de solicitud de plazas se podía formular por las personas participantes bien electrónicamente, en los términos del anexo V de la convocatoria, bien mediante comparecencia de la persona solicitante o su representante legal en el propio acto de adjudicación, acto que se ha venido celebrando en sede única en la del Ministerio de Sanidad en Madrid desde hace muchos años.

Los dos sistemas de solicitud, presencial y electrónico, eran compatibles en la convocatoria a la que se presentaron los recurrentes, y en el anexo V de la citada Orden SCB/ 925/2019 se especificaba la preferencia de la solicitud por comparecencia sobre la electrónica, si la persona interesada comparecía en el acto de adjudicación. Así lo expresa la regla quinta del anexo V al establecer que: "Las solicitudes electrónicas podrán anularse o modificarse si la persona comparece personalmente al acto de adjudicación de plazas, en el momento en el que por su número de orden le corresponda".

Por otra parte, la posibilidad de comparecencia personal para la adjudicación de plaza formaba parte indisoluble del derecho reconocido a los participantes de retrasar la elección de plazas que regula el apartado octavo de la Orden SBC/925/2019, al establecer que "Las personas que opte (sic) por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar". Estas reglas se completaban con las de acción positiva del turno de personas con discapacidad que ahora no resultan relevantes para comprender el conflicto.

Es evidente que estas reglas de solicitud, en particular, el derecho de retrasar la elección, sólo podía ejercerse por la comparecencia personal de la persona interesada en el acto de adjudicación, pues de no comparecer en aquel acto, bien se le daría curso a la solicitud electrónica si la hubiese formulado (y esa solicitud no prevé la posibilidad de hacer constar el derecho de retraso del turno de elección), o, en caso de no haber formulado solicitud electrónica y no comparecer, se aplicaría la regla antes señalada "Primera: [...] Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida las personas que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos anteriormente citados [...] Segunda: Las personas que opte por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar". Esto es, se tendría por renunciada la prioridad y podría ocupar la plaza que solicitara, si aún existiera vacante por adjudicar, en el momento que se incorporara al proceso de elección, incorporación que necesariamente era presencial.

Sexto. *Alcance de la modificación de las bases de la convocatoria por la Orden SND/411/2020 de 13 de mayo. El principio de vinculación de la Administración y de los participantes por las bases de la convocatoria.*

Pues bien, esta regulación, que constituye la ley de la convocatoria se ha modificado por la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, impugnada, que introduce en su art. 2 una nueva redacción del apartado o dispongo "octavo" de la orden SCB/925/2019, del que resultan, en lo que ahora interesa, dos modificaciones esenciales del proceso de adjudicación que son cuestionadas por los recurrentes. Antes de continuar, diremos que la conclusión de que la Orden SND/411/2020 modifica las bases de la convocatoria no es discutida por las partes. La representación de la Administración no lo niega, pero aduce que la modificación está debidamente motivada, es proporcional y ajustada a Derecho y minimiza la base legal del principio de que las bases son la ley de la convocatoria calificándolo de "metáfora" que no impide la modificación de las mismas. Al respecto, cita como ejemplo el art. 15.5 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado. Ahora bien, la lectura del conjunto de este precepto en su totalidad, también su apartado 4 reafirma el alcance vinculante de las bases, desde luego para los aspirantes, pero también para la Administración. Dice así el art. 15.4 y 5 del Real Decreto 364/1995:

"4. Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas.

5. Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

El principio de que las bases de la convocatoria de un proceso selectivo son la ley de la convocatoria y vinculan tanto a los participantes como a la Administración no es una simple "metáfora", como dice la Abogacía del Estado. Antes bien, se trata de un principio declarado en constante jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, como manifestación del principio de seguridad jurídica y sometimiento de la Administración al principio de legalidad (art. 9.3 y 106.1 Constitución española y art. 3.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas) y garantía del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 CE y 55.1 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, EBEP) al que también contribuye el principio de publicidad de las convocatorias y sus bases (art. 55.2.a del EBEP). Así lo hemos afirmado en jurisprudencia reiterada, de la que cabe citar la sentencia de 17 de julio de 2006 (rec. cas. núm. 5382/2000), que anula la sentencia recurrida y la resolución administrativa objeto de la misma al constatar que se "[...] ha incumplido en este punto las bases de la convocatoria y las normas en las que se apoyan y la doctrina jurisprudencial para la que esas bases constituyen la Ley del concurso y vinculan a la Administración y a los particulares [...]" (FJ 9); nuestra sentencia de 25 de octubre de 2016 (rec. cas. núm. 4034/2014), al proclamar que "[...] las bases no impugnadas del proceso selectivo vinculan a los aspirantes y a la Administración, regla establecida con carácter general por el artículo 15 del Real Decreto 364/1995, 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 Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado" (FJ 6). Y lo hemos reiterado, más recientemente, en la sentencia de 15 de noviembre de 2019 (rec. cas. núm. 2810/2017), al afirmar la necesidad de buscar en los elementos de las propias bases, y no en acuerdos o circunstancias posteriores, la solución necesaria "[...]cuando

las bases de la convocatoria guarden silencio [...]" sobre determinados aspectos relevantes del proceso (FJ 9). Por consiguiente, no existe duda alguna de que aquello que está expresamente previsto en la convocatoria, como una facultad, más aún, como un derecho, debe ser respetado.

Pues bien, la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo recurrida, introduce las siguientes modificaciones a las bases de la convocatoria:

(i) elimina la posibilidad de solicitar presencialmente la adjudicación de plaza mediante el derecho a comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas;

(ii) elimina el derecho de retrasar la elección de plaza, e incorporarse al proceso de adjudicación con la prioridad que correspondiera en el momento en que la persona que hubiere ejercido tal derecho formulase su solicitud de adjudicación presencialmente.

En efecto, el art. 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, recurrida, establece que:

"Dos. Se modifica el dispongo octavo [ ] que queda redactado en los siguientes términos:

[...]

La solicitud de plaza deberá realizarse obligatoriamente a través de alguno de los siguientes medios:

a) Certificado electrónico reconocido de persona física o medio equivalente (Cl@ve).

b) Solución propia de autenticación y firma no criptográfica basada en claves concertadas, en el caso de:

1.º Personas de nacionalidades diferentes a la española, cuyo documento de identidad con el que participaron en la prueba selectiva, no les permitiera obtener un certificado electrónico reconocido de persona física.

2.º Personas que no dispongan, por extravío o por otras circunstancias, de la pre-clave entregada el día del examen.

3.º Personas que no pudiesen obtener o renovar el certificado electrónico reconocido de persona física. [...]".

La obligatoriedad del sistema electrónico, con exclusión del presencial se ratifica con la previsión que añade más adelante:

"[...] [s]e entenderá que renuncian a la adjudicación de plaza las personas que no hayan presentado su solicitud para la sesión de adjudicación a la que por su número de orden hayan sido citadas Las personas serán convocadas por riguroso orden de mayor a menor puntuación reconocida en la relación definitiva de resultados.

Se dará curso a la solicitud presentada por medios electrónicos en la sesión a la que ha sido convocada la persona, y en el momento que corresponda al número de orden obtenido".

En definitiva, y como se ha dicho, la introducción del sistema de elección electrónico obligatorio, inhabilita toda posibilidad al ejercicio del derecho de retraso en la elección de plaza, reconocido en las bases de la convocatoria que se modifican, y, además, para el caso de que la persona interesada deseara modificar su solicitud como consecuencia de las adjudicaciones que se hubieran ido produciendo, no podrá hacerlo más que con el límite de doce horas antes del inicio de la sesión de adjudicación a la que le correspondiera por su número de orden, pues tal limite lo establece el nuevo apartado octavo en la redacción que introduce la orden recurrida:

"La solicitud, una vez presentada, podrá modificarse por medios electrónicos, hasta doce horas antes del inicio de la sesión en la que la persona haya sido citada para el acto de adjudicación de plazas".

Tampoco podrá ningún participante ejercer el derecho al retraso de elección a un momento posterior, igualmente reconocido en las bases originarias de la convocatoria. Aunque en sus alegaciones la Abogacía del Estado no niega que tal derecho existe en las bases de la convocatoria, califica de ínfimo su ejercicio y niega toda relevancia desde el punto de vista de los principios de mérito y capacidad.

Al reconocer la existencia y aplicabilidad de esta facultad en las bases de la convocatoria bajo las que se inició el proceso selectivo, se aparta, de manera explícita de la postura que mantuvo la Administración autora de los actos recurridos en la pieza de medidas cautelares, a la que se refiere en varias ocasiones la contestación a la demanda, en la que se aportó con la oposición a la medida cautelar un informe para constancia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que califica lo que denomina "dejar pasar turno" como una mera práctica que "[...] no ha estado en las convocatorias [y] responde a una "tradición" sin base legal alguna". Antes nos hemos extendido en la transcripción de la Orden SCB/925/2019, y la lectura de lo establecido en el "dispongo" octavo de la misma no puede ser más esclarecedora sobre la atribución de un auténtico derecho a los aspirantes. Dice así:

"Octavo [...] Segunda: Las personas que opte por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar".

Y lo previsto en este punto no difiere en absoluto de la Orden que reguló la convocatoria de 2018, Orden SCB/947/2018, de 7 de septiembre (BOE de 14 de septiembre) que en el apartado XII dice:

"b) Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida los aspirantes que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos citados en el párrafo a). No obstante cuando se retrasen en dicha elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar".

Idéntica previsión recoge la orden SSI/876/2017, de 12 de septiembre (BOE de 12 de septiembre), que regula la convocatoria para el año 2017, y así podríamos remontarnos hasta muchos años atrás.

Luego, si las convocatorias desde muchos años atrás, y también la del año 2019, que ha sido modificada por la Orden aquí recurrida, han mantenido idéntica previsión, no cabe calificar esta facultad de una mera práctica como sostuvo la Administración demandada en la pieza de medidas cautelares de este recurso, calificándolo de "tradición" sin base legal. Y aunque la contestación a la demanda no niegue el carácter de auténtica facultad o derecho atribuido a los participantes, intenta minimizar su importancia, adjetivándolo de "ínfimo", por el número de los participantes que lo han ejercitado en esta convocatoria. Lo relevante no es el número sino la titularidad del derecho por todos y cada uno de los participantes, y obviamente, el poder acceder a la plaza de preferencia del participante, precisamente por el resultado alcanzado en las pruebas es una manifestación del principio de mérito y capacidad. De modo que cualquier modificación que se considerase necesario introducir en el sistema de adjudicación, aún por las razones relacionadas con el estado de alarma y la protección de la salud pública, debía garantizar la posibilidad de ejercer el derecho reconocido en las bases de la convocatoria.

Aun admitiendo, a los solos efectos dialécticos, que la situación de estado de alarma habilitara al Ministro de Sanidad para imponer a los participantes la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, a los efectos de este proceso de adjudicación de plazas -extremo que se analizará en los fundamentos jurídicos siguientes- ello no justificaría que al imponerse un sistema de relación electrónica se menoscabe el ejercicio de ningún derecho de los participantes, como es el analizado. Es una carga de la Administración habilitar los cauces para posibilitar el ejercicio efectivo de todas y cada una de las facultades de los participantes, y en caso de que ello no resultase factible, justificar debidamente las circunstancias para que se pudiera ponderar la proporcionalidad del sacrificio del derecho afectado, en este caso el de optar por retrasar el turno de elección. Pero ni la Orden recurrida se ocupa de justificar la ablación de esta facultad al imponer el sistema de relación electrónica, ni tampoco se ha intentado en el proceso. En definitiva, al eliminar el sistema de comparecencia personal que sí hacía factible el ejercicio de la facultad de "retrasar turno" garantizado en la convocatoria, se vulneró injustificadamente la vinculación a las bases de la convocatoria, que opera tanto para la Administración como para los participantes. La vulneración de este principio, expresión del de seguridad jurídica y legalidad determina, al margen de la prosperabilidad del resto de motivos de la demanda, la anulación del art. 2 de la Orden recurrida en los términos solicitados.

Séptimo.

La imposición del sistema de relación electrónica obligatoria en la Orden SND/411/2020 no constituye desarrollo reglamentaria del art. 14.3 LPAC ni tiene fundamento en la declaración de estado de alarma del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

La modificación introducida, vulnera además el art. 14.3 de la LPAC, al imponer a las personas participantes en el proceso selectivo, que no constituyen un colectivo profesional determinado de los incluidos en el apartado 2 del art. 14 LPAC, una forma de relación exclusivamente por medios electrónicos. Hay que comenzar por señalar que el art. 14 de la LPAC regula el "Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas", y en su apartado 1 proclama que constituye un derecho de la personas físicas, que "[...] podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento [...]".

A continuación, el art. 14 LPAC determina una serie de colectivos que estarán obligados a relacionarse con la Administración por esta vía, y lo hace como excepción al derecho de las personas a elegir en todo momento si se comunican o no con ellas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos. De este modo, resultan obligados ex lege los siguientes colectivos, con arreglo al art. 14.2 LPAC:

"[...]
a) Las personas jurídicas.
b) Las entidades sin personalidad jurídica.
c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración [...]".

Obviamente, los participantes en el proceso selectivo que nos ocupa no tienen ninguna de las condiciones exigidas en el art. 14.2 LPAC, y así lo admite la Administración demandada. Su situación es simple y llanamente la de personas físicas, para las que el apartado 3 del art. 14 LPAC dispone que está obligación podrá establecerse mediante reglamento y bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Dice el art. 14.3 LPAC:

"3. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios".

Dado que la imposición del uso obligado de los medios electrónicos se establece como excepción al reconocimiento del derecho de las personas a comunicarse con la Administración por medios electrónicos, reconocido en el propio art. 14 LPAC, es preciso satisfacer cumplidamente tanto los presupuestos que habilitan para tal imposición, como el instrumento formal necesario, que es el reglamento.

Respecto a los requisitos, tal y como destaca la demanda, no consta, más allá de una mención en el preámbulo de la Orden recurrida a una resolución de la Secretaria General de la Administración Digital, que se haya verificado o constatado la razón de "capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos" que acrediten que los participantes en el proceso selectivo en cuestión tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. La contestación a la demanda no ofrece el menor dato al respecto, siendo carga de la Administración acreditar el cumplimiento de los presupuestos para imponer a las personas físicas la obligación de relacionarse electrónicamente.

Tampoco desde el punto de vista del principio de legalidad y jerarquía normativa se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.3 LPAC, que exige que la obligación de relacionarse electrónicamente se establezca mediante "reglamento". Obviamente, el reglamento que requiere el art. 14.3 LPAC no es el reglamento administrativo interno o "ad intra" que se reconoce a los Ministros en el art. 62.1.a) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de la Administración Pública (ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento). El art. 14.3 LPAC habilita a un reglamento para imponer una excepción a un derecho de las personas físicas, el de elegir la forma de relacionarse con la Administración, cuestión situada sin duda fuera de ese ámbito interno en que se puede desarrollar, en ausencia de habilitación legal, la potestad reglamentaria de los Ministros. Se trata, por tanto, de una habilitación que se dirige al genuino titular de la potestad reglamentaria, esto es, el Gobierno mediante Real Decreto. La disposición final sexta de la Ley LPAC, bajo el título "Desarrollo normativo de la Ley", así lo corrobora, en tanto que, de forma general, y sin excepción alguna dispone que "[...] [s]e faculta al Consejo de Ministros y al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley, así como para acordar las medidas necesarias para garantizar la efectiva ejecución e implantación de las previsiones de esta Ley [...]", entre las que se encuentra la previsión del art. 14.3 LPAC de imponer a colectivos de personas físicas la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por tanto, la habilitación legal se efectúa al Consejo de Ministros, y la norma reglamentaria deberá revestir la forma de Real Decreto [art. 24.1.c) Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno] y, tan sólo en lo que concierne al ejercicio de sus competencias por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, existe una habilitación específica para el desarrollo mediante Orden de dicho Ministerio [art. 24.1.f) de la Ley 50/1997]. Este criterio, por otra parte, es el seguido en el reciente Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

La contestación a la demanda sostiene que, en el contexto del estado de alarma, esta legislación habría quedado desplazada por la dictada por el Ministro de Sanidad, bajo la condición de autoridad delegada a tenor del art. 4.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Argumenta que las disposiciones publicadas al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de estado de alarma, desplazan a la legalidad ordinaria, bajo una relación que dice dominada por el "principio de competencia", por lo que, concluye, el Ministro de Sanidad habría quedado

habilitado para imponer la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, a los participantes en el ámbito de este proceso selectivo. Este argumento, que no se desarrolla con mayor profundidad en la contestación a la demanda, no puede ser compartido. En primer lugar, la Orden SND/411/2020, recurrida, no tiene vocación de permanencia, que es una característica consustancial a las normas jurídicas, a los auténticos reglamentos. La Orden SND/411/2020 se limita a imponer una determinada obligación de relacionarse electrónicamente a los participantes en un proceso selectivo en curso, pero una vez acabado el mismo, deja de tener efectividad, y no se incorpora al ordenamiento jurídico. Por tanto, no responde a la tipología de producto normativo que exige el art. 14.3 LPAC.

Prueba de que esto es así es que la regulación de la obligación generalizada de relacionarse electrónicamente con la Administración se ha establecido, para los participantes en procesos de formación sanitaria especializada como el del litigio, mediante una norma con rango de ley formal, la disposición final primera del Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 que ha modificado el apartado 1 del artículo 22 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que queda redactado en los siguientes términos:

"1. El acceso a la formación sanitaria especializada se efectuará a través de una convocatoria anual de carácter nacional. Las personas que participen en las pruebas selectivas deberán relacionarse obligatoriamente con la Administración a través de medios electrónicos, cuando así se prevea en la referida convocatoria y en los términos que ésta establezca, en relación con los trámites de cumplimentación y presentación de solicitudes, aportación de documentación y pago de tasas, así como en la fase de adjudicación de plazas".

En segundo lugar, no cabe invocar la cobertura bajo las competencias atribuidas al Ministro de Sanidad por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de estado de alarma. La previsión del art. 2 de la Orden recurrida, sobre obligación de relacionarse electrónicamente a determinadas personas físicas, no tiene encaje en ninguno de los supuestos del art 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, que es el ámbito para el que el art. 4.3 del Real Decreto 463/2020, cit., faculta a las autoridades competentes delegadas, entre ellas al Ministro de Sanidad, para "[...] dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio". La contestación a la demanda no se ocupa de precisar en qué apartado del art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 podría tener acomodo la disposición dictada, sino que acuden al rango formal de ley del real decreto de declaración del estado de alarma. Pero, por más que el Real Decreto 463/2020 de estado de alarma tenga la consideración formal de "ley" -según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 83/2016 de 28 de abril)- y por grave que sea la situación de pandemia, no cabe admitir una interpretación como la pretendida, que supone desconocer los principios de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía normativa garantizados por el art. 9 de la Constitución. Obviamente, no cabe compartir que el desarrollo de un proceso selectivo como el que nos ocupa -formación sanitaria especializada que lleva al menos cuatro años de duración- sea un "servicio ordinario o extraordinario" (art. 4.3 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) relacionado con la situación precisa bajo el estado de alarma, ni que la imposición de relación electrónica con la Administración constituya una medida adecuada para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de las medidas previstas en el art 11 de la Ley Orgánica 4/1/81, de estado de alarma. Las medidas del art. 11 de la Ley 4/1981 son, por su propia naturaleza, de efectividad inmediata respecto al desenvolvimiento del servicio de que se trate, y tienen una finalidad mucho más perentoria que la que cabe atribuir a un acto de asignación de destinos para iniciar un proceso de formación de varios años (cuatro al menos).

Para acabar, la promulgación del estado de alarma no supone, por si misma, ningún impedimento para que las normas que debieran revestir la forma de Real Decreto sean adoptadas por el órgano competente. La autoridad competente, a tenor de la Ley Orgánica 4/1981 es, precisamente, el Gobierno de la Nación, y la designación de autoridades competentes delegadas no priva a aquel, como es obvio, de ninguna de sus competencias durante el estado de alarma, entre las que está las está incluida la de dictar los Reales Decretos cuando el ordenamiento jurídico así lo prevea, como es el caso de la habilitación del art. 14.3 LPAC. La mención de la contestación a la demanda al principio de competencia, como criterio de desplazamiento, durante el estado de alarma, de la competencia del órgano que tiene atribuida la potestad reglamentaria "ad extra", el Gobierno, carece de un desarrollo consistente, y la Abogacía del Estado se limita a esbozar esta argumentación sin otro respaldo que el dato de que el presente recurso se tramite ante el Tribunal Supremo, lo cual, como es evidente, no aporta ningún dato relevante sobre el rango normativo de la Orden impugnada.

En definitiva, la designación de autoridad competente delegada a determinados Ministros, el de Sanidad en particular, no supuso ningún impedimento para que el órgano destinatario de la habilitación legal del art. 14.3 LPAC, el Consejo de Ministros, pudiera aprobar el reglamento que prevé dicho precepto. En conclusión, el art. 2 de la Orden Ministerial SND 411/2020, de 13 de mayo, recurrida, no tiene el rango necesario para cumplir la habilitación

normativa del art. 14.3 LPAC, por lo que el recurso debe ser estimado, con anulación del citado art. 2 en cuanto impone exclusivamente la solicitud de plaza de forma electrónica, imponiendo a los participantes en el proceso la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración para estos actos.

Octavo. *Examen de otras alegaciones de la contestación a la demanda. La discrecionalidad técnica de la administración y el alcance del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio.*

La Abogacía del Estado sostiene, por último, que la imposición de relacionarse con la Administración por medios electrónicos tiene apoyo en el Real Decreto ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19/2020. Sin embargo, no cita ni un solo precepto de dicha norma que sustente esta afirmación, por lo que no requeriría de mayor examen para rechazar tal alegato. Añadiremos que no es incompatible el respeto a las normas de la convocatoria, entre ellas las de la optar por la elección presencial y las facultades vinculadas a la misma, según se ha explicado, con mantener la necesaria protección de la seguridad y salud de los empleados públicos, de los participantes en el proceso selectivo y, en definitiva, de todos los interesados concernidos en el proceso de adjudicación de plazas, como efectivamente se realizó en ejecución del auto de otorgamiento de medidas cautelares. Que ello pudiera requerir medidas organizativas específicas no resulta en absoluto desproporcionado ni puede calificarse de paradójico, como hace la contestación a la demanda. La discrecionalidad técnica de la Administración, que invoca la contestación a la demanda, tiene su ámbito en la elección de los medios por los que se podría haber incorporado a la elección electrónica el conjunto de derechos reconocidos a los participantes por las bases de la convocatoria, pero en modo alguno excepciona del ámbito de control de los Tribunales (art. 106.1 CE) una actuación que menoscaba, como ha quedado constatado, el ejercicio pleno de algunas de ellas.

Noveno. *Resolución de las pretensiones.*

Por consiguiente, el art. 2 de la Orden 411/2020, recurrida, ha de ser anulado, con estimación de recurso contencioso-administrativo, en los términos del suplico de la demanda, que solicita "[...] se dicte sentencia por la que se estime la presente demanda por ser contrario a derecho el art. 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, recurrida, en cuanto aquellas previsiones que imponen, de forma excluyente de la solicitud presencial, la solicitud electrónica así como la anulación de la derogación de aquellas medidas de la Orden SCB/925/2019 de 30 de agosto, que posibilitaban y reconocían el derecho de solicitud presencial y el ejercicio del derecho a retrasar elección, acordando que la elección de plazas era compatible tanto la vía presencial como la telemática, condenado a la administración a estar y pasar por esa declaración, con condena en costas si se opusiera".

Décimo. *Las costas.*

La estimación del recurso contencioso-administrativo determina la imposición de costas, conforme al art. 139.1 LJCA, cuyo importe, por todos los conceptos, no podrá superar la suma de cuatro mil euros.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Estimar el recurso contencioso administrativo núm. 150/2020, interpuesto por la representación procesal de doña Teodora, don Jesús Ángel, doña Adriana, doña Amelia, doña Antonieta, doña Belinda, doña Carla, doña Celsa, doña Crescencia, doña Elisabeth, doña Enma, don Darío, doña Felicisima, doña Genoveva, doña Isabel, doña Justa, doña Loreto, doña Margarita, don Hipolito, doña Nieves, don Jon, don Leon, don Manuel, doña Silvia, doña Valle, don Samuel, don Severiano, doña Antonia, doña Bernarda, doña Casilda, doña Constanza, doña Dolores, doña Emilia, doña Estela y doña Felicidad, contra el art. 2 de la Orden SND 411/2020, 13 de mayo, que modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, en los términos expuestos en el fundamento jurídico noveno.

2.- Imponer las costas a la parte demandada, la Administración General del Estado, conforme a lo recogido en el último fundamento de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.
Fecha de sentencia: 6 de mayo de 2021
Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)
Número: 150/2020

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA a la sentencia de 6 de mayo de 2021, dictada en el recurso n.º 150/2020 y al que se adhiere la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D.ª MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA.

El presente litigio quedó sin efecto práctico desde que la Sala concedió en sede cautelar y de manera definitiva la pretensión de fondo de los recurrentes: ejercer el singular derecho de elección retrasada en función de la marcha del proceso de adjudicación de plazas. De este modo, esta sentencia únicamente les aporta la condena en costas a la Administración, que no debió imponerse porque es difícil negar que, al menos, existían serias dudas de Derecho sobre la cuestión debatida, tal como lo ponen de manifiesto los dos votos particulares a que dio lugar el auto de 29 de junio de 2020 y este que ahora suscribo.

Para mí, sin embargo, no existe duda alguna de que, al igual que no debió concederse la medida cautelar, tampoco ahora debió estimarse el recurso contencioso-administrativo, porque consolida una interpretación equivocada del ordenamiento jurídico en lugar de corregirla.

En efecto, la Orden impugnada ni infringe el principio de vinculación a las bases del proceso selectivo, ni vulnera el artículo 14 de la Ley 39/2015. Desde luego, ninguna reserva me merece la exposición que hace la sentencia de aquél principio, ni tampoco su interpretación de ese precepto. No eran necesarias pues son las consecuencias que de ellos trae al caso las que me parecen desacertadas. La causa de ese desacierto consiste en que, tal como hizo el auto de 29 de junio de 2020, viene a prescindir de las circunstancias en que se produjo la modificación de la Orden de convocatoria y de las razones de la misma y atribuye a esa elección demorada de plazas una trascendencia que no posee.

La sentencia, en efecto, enfatiza el derecho de los participantes en el proceso selectivo a realizar la opción por la plaza personalmente retrasando la elección a resultas del desarrollo del proceso de adjudicación. No obstante, se trata de una práctica que carece de todo fundamento legal. Por otro lado, esa singular opción no tiene nada que ver con el proceso formativo, no responde a razones de mérito y capacidad, ni parece ser la pauta en el acceso al empleo público. Sólo es una singularidad del procedimiento de adjudicación de plazas. Me parece importante subrayarlo porque en el discurrir de la sentencia parece concebida como un derecho sustantivo esencial y no es así.

La cuestión, por tanto, es la del respeto del procedimiento al que sí se tiene derecho. Ahora bien, el procedimiento no es inmutable --parece que esto no se niega-- y, si no se discute que puede ser establecido por una Orden ministerial, la cuestión se reduce a si otra Orden ministerial puede modificarlo en parte, teniendo en cuenta que la relación de los solicitantes con la Administración por el cauce telemático ya estaba prevista en la convocatoria. No de forma exclusiva, pero sí estaba prevista.

A mi juicio, cabía hacerlo en las circunstancias concurrentes. No parece necesario recordar que aún hoy seguimos padeciendo la pandemia y que están vigentes las restricciones a la concentración de personas y a la presencia física en instalaciones y dependencias públicas. Lo vemos a diario en nuestra propia sede y en nuestro quehacer jurisdiccional. No hace falta ir más allá ni extenderse en explicaciones prolijas. Por eso, estaba justificada y era proporcionada la limitación de la opción al cauce telemático: en las condiciones de una pandemia como la presente, la preservación de los intereses vinculados a la salud de todos ha de prevalecer, con estado de alarma y sin él, sobre los intereses personales, en este caso de una pequeña parte de los participantes en el procedimiento de adjudicación de plazas, y justifica la modificación puntual de este aspecto de las bases.

De igual modo, excluye la infracción del artículo 14 de la Ley 39/2015.

No es irrelevante, en este sentido, que la Orden impugnada se dictara bajo el estado de alarma, ni que procediera del Ministro de Sanidad, autoridad delegada del Gobierno, razón por la que hemos conocido de este recurso, que de otro modo, hubiera quedado fuera de nuestra competencia. La sentencia ignora este extremo. Acude, además, al artículo once de la Ley Orgánica 4/1981 y no encuentra en él fundamento a la limitación impuesta por la Orden recurrida. Sin embargo, en su apartado a), ese precepto contempla la limitación de la circulación y permanencia de personas en horas y lugares determinados y, en su virtud, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas y los ulteriores Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, han limitado esas circulación y permanencia, como seguimos viendo a diario, e, incluso, la Ley 2/2021 la sigue considerando una pauta a observar.

En definitiva, estaba justificado, también desde la perspectiva del artículo 14 de la Ley 39/2015, circunscribir el procedimiento de adjudicación de plazas a la vía telemática.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.