

LA OBLIGACIÓN DE UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS: CIUDADANOS O SÚBDITOS

THE OBLIGATION TO USE ELECTRONIC MEDIA IN SELECTION PROCESSES: CITIZENS OR SUBJECTS

Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Presidencia, Interior, Justicia y Acción exterior del Gobierno de Cantabria.

fondevila_j@cantabria.es

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvgp.20.2021.05>

Recibido: 22/03/2021

Aceptado: 25/05/2021

© 2021 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Lan honetan, gaur egun indarrean dagoen arau-esparruak (Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkideari buruzko Legeak) zer-nolako aukerak eta mugak xedatzen dituen aztertzen da, hautapen-prozesuetan herritarrak bitarteko elektronikoak erabiltzera behartzeari dagokionez. Hala, kontua behar bezala ebaluatzeko, lanak esparru juridiko horren azterketa orokorra egiten du lehenik, hautapena kudeatzeko eremuan halaberrez aplikatu behar baita. Gero, arau-esparrua hautapen-prozeduretan eta lotura zuzenik gabeko eremu batzuetan (hala nola, hautapen-organoen funtzionamenduaren araubide juridikoan eta egin beharreko probetan edo ariketetan) nola ezartzen den aztertzen da. Azkenik, administrazioaren jardura txar batzuk aipatzen dira, kontuaren ikuspegi bateratu eta sistematizatu eskaintzeko.

Gako-hitzak: *administrazio elektronikoa, berrikuntza hautapenean, Funtzio Publikoa, hautapen-probak, hautapen-prozedura administratiboa.*

Resumen: Este trabajo examina las posibilidades y límites que el actual marco normativo vigente (LPAC) permite para imponer la obligación de utilización de medios electrónicos a los ciudadanos/as en los procedimientos selectivos. Así, para una correcta evaluación de esta cuestión el trabajo realiza un previo examen general del citado marco jurídico, ya que el mismo resulta de necesaria aplicación al ámbito de la gestión de la selección. Posteriormente, se procede al estudio sobre su implementación concreta en los procedimientos selectivos y a algunos ámbitos en los que su conexión no es directa (régimen jurídico de funcionamiento de los órganos selectivos y las pruebas o ejercicios a desarrollar), finalizando con la referencia a algunas malas prácticas administrativas, de esa manera se ofrece una visión conjunta y sistematizada de la cuestión.

Palabras clave: *Administración electrónica, Función Pública, Innovación en la selección, pruebas selectivas, Procedimiento administrativo selectivo.*

Abstract: This work examines the possibilities and limits enabled by the current regulatory framework (LPAC) with respect to imposing the obligation to use electronic media on citizens in selection processes. Thus, for a correct evaluation of this question, the work carries out a prior general examination of the aforementioned legal framework, given its necessary application to the field of recruitment management. Subsequently, a study is carried out on its concrete implementation in selection procedures and in some areas where its connection is not direct (legal operating system of the selection bodies and the tests or exercises to be carried out), ending with the reference to certain poor administrative practices, thus offering a joint and systematized view of the issue.

Keywords: *Electronic Administration, Innovation in selection, Public function, selective administrative procedure, selective tests.*

Sumario:

1. Una necesaria consideración previa sobre las disfunciones que puede originar la obligación de utilizar medios electrónicos por los ciudadanos/as.—2. La Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: un régimen legal con algunas diferencias sustanciales con relación a la LAE. 2.1. ¿Existe un Derecho de los ciudadanos/as a elegir el medio para comunicarse con la administración? 2.2. Ámbito jurídico material sobre el que es posible excepcionar el régimen general de uso de medios electrónicos. 2.3. Los requisitos fácticos para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos en los procedimientos, registro de documentos y notificaciones. 2.4. El necesario examen ponderado en la aplicación del principio de proporcionalidad y su traslado a los requisitos legalmente exigibles para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos. 2.5. El instrumento normativo necesario para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos: examen de su naturaleza y tipología.—3. La aplicación del régimen jurídico general de la LPAC a los procedimientos selectivos. 3.1. El juicio de la proporcionalidad y los principios constitucionales del artículo 103.3 C.E. impide establecer una obligación generalizada en los procedimientos selectivos. 3.2. Examen de algunos ejemplos de malas prácticas en la imposición de la obligación de uso de medios electrónicos en procedimientos selectivos. 3.3. Una reciente referencia Jurisprudencial sobre el uso de medios electrónicos en procesos selectivos. 3.4. La implementación de los medios electrónicos en las actuaciones procedimentales ad extra: Delimitación de las diferentes actuaciones administrativas afectadas. 3.5. Las actuaciones «ad intra», en especial la gestión del procedimiento selectivo por los órganos de selección.—4. Las pruebas o ejercicios a desarrollar en los procedimientos selectivos: un régimen específico y parcialmente sometido a las previsiones de la LPAC.—5. Consideraciones finales.—6. Referencias bibliográficas.

1. Una necesaria consideración previa sobre las disfunciones que puede originar la obligación de utilizar medios electrónicos por los ciudadanos/as

En estos momentos, tras la crisis originada por la Covid19, parece que ha tomado especial trascendencia el uso de medios electrónicos en el desarrollo de los procedimientos selectivos. Así como consecuencia de la paralización administrativa originada por la pandemia, ahora resulta que el uso de medios electrónicos se pretende convertir en el «bálsamo de fierabrás», que todo lo puede y resuelve, olvidando que existe también, en primer lugar, un marco jurídico con el cual es precisa una integración eficiente y legal. En concreto, el voluntarismo innovador puede llevar al fracaso si no se intenta la adopción de un proceso integrador y coherente de implementación, sin que pueda olvidarse que se está intentando adoptar medidas tecnológicas para procedimientos diseñados en el siglo pasado. Desde luego, nuestra posición sobre el uso de medios electrónicos es totalmente favorable, como acredita el hecho de que llevamos desde el año 2013 trabajando tanto académicamente como en la gestión ordinaria e implementación normativa en mi administración autonómica, en el desarrollo e implementación de la e-administración, es decir, confiamos en ella y entendemos que resulta esencial su desarrollo, pero ello no puede

concebirse como instrumento de limitación de derechos y empeoramiento de la calidad de los servicios a prestar a los ciudadanos/as.

En resumen, la situación generada por la pandemia de la Covid-19 y el uso de medios electrónicos puede convertirse en un trampantojo, olvidando que lo digital es un instrumento o medio, pero no un fin en sí mismo, lo realmente importante es saber a dónde queremos ir y qué tipo de administración necesitan los ciudadanos/as. Es decir, debe realizarse una reflexión esencial, en concreto, acerca de una idea principal: si la administración debe estar al servicio de los ciudadanos/as o al revés. Aunque la respuesta a esta pregunta cuya respuesta parece obvia, parece que en la práctica se está resolviendo en el sentido menos lógico, de forma que parece que estamos en presencia de un nuevo «Despotismo ilustrado electrónico», pues se está obligando a los ciudadanos/as a estar al servicio de los medios electrónicos que la administración impone, ya que se están creando o aumentando los obstáculos para que puedan recibir información o actuar ante las administraciones. A este respecto, tenemos el ejemplo paradigmático del funcionamiento de los Registros administrativos cerrados en muchas administraciones o el culmen de la ilegalidad (la cita previa), y, a la cabeza a este respecto la Administración General del Estado, con posterioridad al levantamiento de la declaración del Estado de Alarma¹, lo que perjudica lógicamente a la calidad de los servicios públicos, de forma que cada vez parece que estamos más cerca de un «call center» de una compañía de servicios, donde realmente el servicio al cliente es lo menos importante, lo único que interesa es la obtención directa de beneficios y garantizar el cobro

de la facturación. No es admisible imponer el uso de medios de forma indiscriminada por razones exclusivamente espurias de la propia organización administrativa, recordemos que existe un mandato constitucional como Estado Social de prestar servicios a los ciudadanos/as con plenas garantías legales, pero también está obligada a remover los obstáculos para que los ciudadanos/as puedan acceder a todos a los que tenga derecho (artículos 1.1, 103 y 9.2 de la CE), es decir, la administración está obligada a facilitar el uso de los medios electrónicos a los ciudadanos/as, pero solo excepcionalmente puede imponer esa obligación. A todo lo expuesto, es preciso añadir una reflexión final, efectivamente no se puede perder la referencia de que la administración digital en la implementación de los procedimientos selectivos, es solo un instrumento que puede aportar transparencia y eficiencia, lo que es muy importante, pero, asimismo sin una reforma integral de los mismos estaremos ante meros fuegos artificiales (Fondevila Antolín, 2019/a y 2020), o ante el establecimiento de limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales no permitidas por la Constitución.

Una última consideración ha de realizarse sobre el iter de este trabajo. A nuestro juicio, para la correcta evaluación sobre el establecimiento de la obligación de relacionarse por medios electrónicos en el desarrollo de los procedimientos selectivos, es necesario un previo examen del marco jurídico general de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante (LPAC) que resulta de necesaria aplicación a los mismos, de manera que, tras su análisis, procederemos al estudio sobre su implementación concreta a los procedimientos selectivos, incluidas algunas malas prácticas de nuestras administraciones. De esa manera esperamos ofrecer un completo examen de la cuestión.

2. La Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: un régimen legal con algunas diferencias sustanciales con relación a la LAE

Vamos a comenzar en este apartado el examen del vigente marco legal² sobre la obligación de relacionarse

con la administración por medios electrónicos, a este respecto, debemos remitirnos al examen general que realizamos en un anterior trabajo al respecto (Fondevila Antolín, 2016/a), si bien, lógicamente revisaremos a continuación de forma más concreta algunas de las nuevas cuestiones que incorporan las previsiones del artículo 14 de la (LPAC)³.

2.1. ¿Existe un Derecho de los ciudadanos/as a elegir el medio para comunicarse con la administración?

Conforme señala el epígrafe intentaremos responder a esta cuestión, así, si observamos las previsiones del artículo 14.1 de la LPAC, a nuestro juicio (Fondevila Antolín, 2016/a) y, el de otros autores (Martín Delgado, 2017; Uríos Aparisi, 2017; Martínez Gutiérrez, 2016), de su redacción puede deducirse que subsiste el concepto de «derecho», en el sentido que ya recogía la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en adelante (LAE)⁴. Resulta también destacable, a este respecto, la opinión de Gamero Casado (2016) que considera que estamos ante un proceso por el cual se intenta generalizar el uso de medios electrónicos, si bien no rechaza la existencia del derecho preferente de elección. Pues bien, es cierto que no podemos negar que estamos en presencia de una deficiente redacción legislativa, dado que, no se ha incluido esta cuestión dentro del catálogo de derechos establecido en el artículo 13 de la LPAC, lo que ha originado que por algún autor se haya considerado que estamos en presencia de una desaparición de este derecho, de manera que como afirma Cotino Hueso (2017) «ya no hay un derecho a la relación presencial, sino una opción de hacerlo para las personas físicas», y por ello, entiendo que más bien estamos ante una evolución con relación a las previsiones de la LAE, de forma que en estos momentos por razones de organización y eficiencia administrativa estamos en presencia de un proceso de imposición a los ciudadanos/as del uso de medios electrónicos en las relaciones con las administraciones públicas.

Dicho lo anterior, para explicar nuestra posición favorable al reconocimiento de la existencia de un derecho, entendemos que es preciso realizar una lectura sistemática de las previsiones del artículo 14.3, como asimismo de lo establecido en los artículos 16.5 y 41.1 y 3 de la LPAC. Aunque examinaremos estos preceptos con mayor detalle posteriormente, existe una nota común en todos ellos, establecen el criterio general de que la obligación de relacionarse por medios electrónicos se configura como un derecho general, con la excepción de lo establecido en el artículo 41 de la

LPAC (que no supone una obligación general sino que reconoce un derecho de opción), lo cual determina que estemos en presencia, a sensu contrario, de excepciones sometidas además a ciertas condiciones y requisitos. Efectivamente, si la norma establece unas ciertas condiciones para establecer un uso generalizado de los medios electrónicos que afectan tanto a unos delimitados colectivos de ciudadanos/as como procedimientos y, asimismo, a la concurrencia de ciertas condiciones fácticas, no es posible hablar de un régimen general de obligada utilización de los medios electrónicos. A lo anterior, debemos añadir lo previsto en el artículo 12.2 de la LPAC, que reconoce un derecho general a los ciudadanos/as a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, pero que queda suprimido en el caso de los supuestos reconocidos en el artículo 14.2 y 3 de la LPAC, es decir, aquellos ciudadanos/as que por excepción se les obliga al uso de medios electrónicos por entender que cuentan con suficiente cualificación técnica y económica no contarán con el derecho general de asistencia, lo que confirma que estamos en presencia de unas previsiones excepcionales con relación a un derecho general de elección del uso o no de medios electrónicos y dependiendo de esa previa decisión un posible derecho de asistencia técnica.

2.2. **Ámbito jurídico material sobre el que es posible excepcionar el régimen general de uso de medios electrónicos**

Continuando con el examen del marco normativo regulador de las excepciones al régimen general sobre el uso de medios electrónicos en nuestras administraciones por parte de los ciudadanos/as, procedemos a delimitar los ámbitos jurídico materiales sobre los que es posible establecer estas excepciones, anticipando que nos encontramos ante varias alternativas posibles, dado que esta posibilidad no solo se encuentra regulada por las previsiones del artículo 14.3 de la LPAC, sino que también nos encontramos con otros dos preceptos que establecen esta posibilidad, si bien, con efectos más limitados.

a) *Ámbito jurídico material del artículo 14.3 de la LPAC*

Resulta de gran interés como ya destacamos en un anterior trabajo (Fondevila Antolín, 2016/a), que las previsiones del artículo 14.3, con relación al alcance del término «procedimientos», es decir, que clase de actuaciones de los ciudadanos/as debemos entender comprendidas cuando se declare la obligatoriedad de uso de medios electrónicos en un determinado proce-

dimiento. A este respecto, debemos comenzar por el examen de la norma antecedente en esta materia, en concreto, las previsiones del artículo 27.6 de la LAE, la cual limitaba la obligación a «*la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos*»⁵, pero como bien explica Martín Delgado (2017) (Fondevila Antolín 2016/a), se ha producido un cambio esencial en la nueva regulación de la LPAC, y ello, por cuanto, la referencia del alcance de esta obligación viene determinada por las previsiones del artículo 14.2 que señala al respecto: «*para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo*». Ello supone, a nuestro juicio y el de Martín Delgado (2017) que se limita el ámbito de la obligatoriedad y este queda referido exclusivamente a los trámites que tengan carácter procedimentalizado, a diferencia de la habilitación de la LAE, que incluía en su redacción no solo los trámites integrados formalmente en un procedimiento administrativo sino también cualquier otra actuación administrativa o actuación de comunicación con la administración por parte de un ciudadano/a.

Estas consideraciones resultan concordantes con la sistemática de la LPAC, pues como veremos a continuación, la Ley establece otras dos previsiones parciales de obligatoriedad de uso, pero referidas solo a cierta clase de actuaciones no necesariamente comprendidas en el ámbito de las actuaciones formales en un procedimiento.

b) *Ámbito jurídico material del artículo 16.5 párrafo segundo de la LPAC*⁶

Como se puede apreciar de la literalidad del precepto, este establece un régimen de condiciones y requisitos para la presentación de documentos en los registros, similar al previsto en el artículo 14.3 de la LPAC, pero a diferencia de este, su ámbito material es mucho más reducido, en concreto, la presentación de determinados documentos para un procedimiento, eso supone que conforme indicábamos anteriormente, el régimen general del artículo 14.3 de la LPAC no comprende todas las posibles actuaciones ni actividades, sino que el mismo se encuentra limitado a las vinculadas directamente a la tramitación de un concreto procedimiento administrativo.

c) *Ámbito jurídico material del artículo 41.1 y 3 de la LPAC*⁷

Como puede apreciarse las previsiones de este precepto sobre las notificaciones electrónicas, reconoce de forma indirecta un derecho general de los ciudadanos/as a las notificaciones ordinarias en papel, como ya destacamos en otro trabajo (Fondevila Antolín, 2016/b), incorporando una previsión similar

a la del artículo 14 de la LPAC en cuanto a las condiciones y requisitos para poder establecer la obligatoriedad de uso, de manera que podemos formular la misma conclusión que ya hemos indicado en el apartado anterior.

2.3. Los requisitos fácticos para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos en los procedimientos, registro de documentos y notificaciones

Procede en este punto de la cuestión, examinar la configuración legal y su interpretación con relación a los requisitos que deben concurrir para que se pueda imponer el uso obligatorio de medios electrónicos en los procedimientos u otras actuaciones (presentación de documentos y notificaciones), condiciones o requisitos que son idénticos en todos los supuestos. Debemos señalar que, a este fin, poco nos ha podido ayudar la escasa y poco desarrollada doctrina judicial surgida al amparo de las previsiones del artículo 27.6 de la LAE, para realizar un estudio más completo, pero estamos en presencia de una jurisprudencia que ha originado «pocas nueces y menos ruido», salvo la reciente excepción de la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª, de 06 de mayo de 2021, n.º rec. 150/2020, que analizaremos posteriormente⁸.

Una cuestión previa que debe ser objeto de examen es la redacción del precepto con relación a los términos «...determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que...», y ello, por cuanto podría plantearse la duda de si los requisitos establecidos al final del precepto son también predicables y exigibles para la imposición de la obligación a los «procedimientos». Es decir, son conceptos separados los de «procedimientos» y el de «ciertos colectivos de personas físicas», a nuestro juicio, los requisitos se aplican a los dos ámbitos fácticos, y de hecho, conforme un criterio básico de interpretación jurídica (el sentido propio de las palabras, artículo 3.1 del Código Civil), nos encontramos que existe entre ambas expresiones una «y» copulativa, y no una «o» disyuntiva, lo que supone que las previsiones deben ser interpretadas de forma conjunta y sistemática. Así, dada la exigencia de que concurren los requisitos de «capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios», debe considerarse que son exigibles en ambos supuestos. Lo contrario sería otorgar una potestad arbitraria a la administración con relación a los procedimientos, que además podría suponer de forma indirecta vaciar de contenido, en «fraude legis» el pre-

cepto, pues si fuera posible imponer la obligación de relación con medios electrónicos a cualquier procedimiento, o mejor y más preciso, a todos los procedimientos administrativos, entonces carecería de sentido y contenido la previsión referida a «ciertos colectivos de personas físicas». Además, otorgar una potestad de imposición y limitación de derechos a los ciudadanos/as, sin criterio o razonamiento que ampare la decisión administrativa, supondría un claro supuesto de arbitrariedad, posibilidad no permitida por las previsiones del artículo 9.3 de la Constitución Española.

Dicho lo anterior, procedemos al examen de los concretos requisitos fácticos que exige la Ley, en concreto:

- a) Debemos comenzar por la delimitación del concepto «*ciertos colectivos de personas físicas*». Pues bien, si acudimos de inicio a la definición de la Real Academia de la Lengua (RAE) sobre este término, y esta determina que debe entenderse como «*grupo unido por razones profesionales, laborales, etc.*», de forma que no es posible una referencia genérica e indeterminada para calificar ese conjunto como colectivo, es decir, es necesaria una homogeneidad de condiciones objetivas y materiales que justificarían esa agrupación, así, anticipamos a título de ejemplo, calificar como colectivo a los «oposidores/as», no cumple las exigencias mínimas, ya que estamos en presencia de una posible condición que afecta al conjunto de casi todos los ciudadanos/as de este país e incluso en algunos tipos de procesos selectivos, también a los nacionales de otros Estados, de forma que existe una manifiesta heterogeneidad en su composición y características personales que impide su calificación como colectivo.
- b) Pero es que además esta previsión debe ser interpretada no de forma aislada, sino que a la misma debemos añadir un segundo grupo de requisitos concurrentes, en concreto, que ese colectivo cuente con «*capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios*».

Es decir, la norma exige un examen y acreditación de estos requisitos en el expediente al cual debe legalmente incorporarse la obligada «Memoria de análisis de impacto normativo», que es el instrumento adecuado para servir de soporte y fundamento para la aprobación de la correspondiente norma habilitadora. A este respecto, por ejemplo, Gamero Casado (2016) apunta como una herramienta adecuada la incorporación al expediente de informes estadísticos sobre las personas pertenecientes a un determinado colectivo

y que cuentan con los requisitos fijados en la norma. Ahora bien, esa acreditación no puede ser de carácter genérico, pues habrá que evaluar en cada caso y en función del concreto procedimiento que les afecten, que tipo de capacidad de uso de medios electrónicos es la exigida, es decir, por ejemplo, posibilidad económica y técnica para acceder a sistemas de firma electrónica, aunque pueda alegarse que es posible establecer el uso de sistemas de doble clave de menor costo económico pero mucho más inseguros (recordemos las estafas generadas por su uso para confirmar el borrador del IRPF), o bien, si las relaciones con las administraciones se desarrollaran a través de acceso a la sede electrónica o resulta necesario la utilización de concretas aplicaciones informáticas, y así, una múltiple variedad de supuestos. Por lo tanto, no es posible imponer de forma genérica e indiscriminada la obligación, sin precisar qué ámbitos tecnológicos se consideran que resultan exigibles en función de la capacidad económica y profesional del colectivo afectado.

Por último, no podemos evitar una crítica a este precepto con relación al «cajón de sastre» que incorpora y que es idéntico al que recogía la LAE, crítica que ya formulaba en su momento Martínez Gutiérrez (2009), en concreto, nos referimos al último concepto de la norma: «*otros motivos*»; esta cláusula de cierre del precepto resulta absolutamente abierta e indeterminada, pero eso no puede suponer que no se encuentre limitada por los principios generales del interés público, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y los principios constitucionales del artículo 103.1, exigibles al funcionamiento de la administración, en concreto, objetividad y eficacia. De manera que esta cláusula no puede entenderse como una habilitación libre y sin límite, sino que también la misma se encuentra sometida en la fundamentación de la decisión normativa al control de las razones jurídico materiales y razonabilidad de las mismas, para amparar la aprobación de la norma.

2.4. El necesario examen ponderado en la aplicación del principio de proporcionalidad y su traslado a los requisitos legalmente exigibles para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos

A la vista de lo anteriormente expuesto, entendemos que llega el momento de ofrecer un criterio para poder evaluar si la decisión de exigir la obligación del uso de medios electrónicos, tras su contraste con los requisitos legales establecidos, resulta adecuada, y

a este respecto, entendemos que la propuesta formulada en su momento por (Gamero Casado 2010, Boix Palop, 2010)⁹, se configuran como el instrumento idóneo, nos referimos a la utilización del principio de proporcionalidad de la actuación o decisión administrativa.

Es preciso destacar que no existe un reconocimiento expreso en la Constitución Española del principio de proporcionalidad lo que no ha impedido la elaboración al respecto de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional de relativa densidad. En la jurisprudencia constitucional es reconocible una tendencia a la paulatina formalización del principio de proporcionalidad, en la que solo a partir de la segunda mitad de los noventa del pasado siglo se ha acudido formalmente al denominado «test alemán de los tres escalones» (Barnés Vázquez, 1994; González Beilfuss, 2003). Desde luego, es preciso tener en cuenta que, en parte condicionado por la propia naturaleza de sus funciones, el Tribunal Constitucional ha concentrado sus pronunciamientos fundamentalmente acerca del alcance del principio dentro de la dogmática de los límites de los derechos fundamentales y en el seno del control del ejercicio de la potestad sancionadora, sea penal o administrativa, pero ello, no es óbice para que se pueda acudir al mismo para otros ámbitos como el que nos ocupa, de todas formas para un examen más completo sobre la configuración de este principio nos remitimos a Carlón Ruiz (2010).

El reconocimiento del principio de proporcionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa no resulta homogéneo, aunque en algunos concretos ámbitos existe una amplia utilización en las sentencias (especialmente en materia sancionadora), no podemos hablar de una doctrina judicial consolidada. Como destaca Carlón Ruiz (2010), la doctrina más elaborada del mismo se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, de 18 de febrero de 1992¹⁰, y en un sentido similar STS de 3 de enero de 1996 (Recurso n.º 2098/1992) que remite igualmente a tales preceptos para identificar, «latente», el principio de proporcionalidad, «*principio conforme al cual debe existir una justa correspondencia entre medios y fines*»; e igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2009 (Rec. n.º 1417/2003), al enjuiciar un requerimiento de información por parte de la Administración Tributaria, afirma que «*desde el punto de vista de la proporcionalidad en sentido estricto, la necesidad y su adecuación, debe venir contemplada y se debe desprender del requerimiento, ya sea explícita o, el menos, implícitamente, en atención a la finalidad y utilidad que se busca, y quien viene obligada a respetar dichos principios es la Administración requirente. Una solicitud en los términos vistos, pone en evidente pe-*

ligro el límite de la intrusión prohibida, porque impide realizar una ponderación entre el fin constitucionalmente legítimo en relación con el derecho a la intimidad interesado».

Pues bien, tal como señalaba Gamero Casado (2010) se recoge de forma precisa por la STC 207/1996, el «juicio de proporcionalidad», que se configura en los clásicos tres escalones o subcriterios establecidos por la doctrina alemana, en concreto:

1. Juicio de idoneidad: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto.
2. Juicio de necesidad: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia.
3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Este último componente lleva, además, a la necesidad de ponderar la proporcionalidad de la medida con otros principios en escena, como es el de eficacia de la Administración (artículo 103 CE).

Finalmente, en esta línea argumental de acreditar de forma obligada la concurrencia de condiciones objetivas en las personas para imponer el uso de medios electrónicos, resulta de interés y, por ello lo destacamos, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21/5/2015 *Zavodnik* contra Eslovenia, donde se considera precisamente que como consecuencia de los impedimentos originados por la mayor edad y falta de accesibilidad electrónica de los ciudadanos/as, no procedía exigir el uso obligatorio de medios electrónicos.

De acuerdo con lo expuesto, a nuestro juicio, los requisitos establecidos en la LPAC deberían superar el examen de aplicación de estos tres escalones o subcriterios del principio proporcionalidad, y en ese caso, si estaríamos en presencia de una norma que cumpliría adecuadamente las exigencias legales para el establecimiento de una obligación de relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos a los ciudadanos/as.

2.5. El instrumento normativo necesario para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos: examen de su naturaleza y tipología

Nos encontramos ante la última cuestión de necesario examen con relación a este régimen jurídico, en concreto, la exigencia de un determinado instru-

mento para imponer a los procedimientos o colectivos de personas la obligación de relacionarse por medios electrónicos, y a este respecto, las previsiones tanto del artículo 14, como el 16 y 41 de la LPAC, no ofrece duda, es necesaria una disposición de carácter general que ostente la naturaleza jurídica reglamentaria.

Por lo tanto, delimitada la naturaleza, en principio, parece relativamente sencillo determinar los diferentes instrumentos normativos que cumplen ese requisito, y que podemos precisar por administraciones públicas:

- a) Administración General del Estado: Real Decreto y Órdenes Ministeriales.
- b) Administraciones Autonómicas: Decretos y Órdenes de Consejeros.
- c) Administración Local: Ordenanza Municipal o Reglamento Municipal.

Dicho lo anterior, nos encontramos con ciertas áreas que pueden suscitar conflictos a este respecto, nos referimos, en primer lugar, a la figura de las Instrucciones, Circulares y Órdenes de servicio, reguladas esencialmente en el artículo 6 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y como ya expliqué con detalle en un anterior trabajo al cual me remito (Fondevila Antolín, 2017/a), resulta doctrina pacífica tanto académica como jurisprudencial (así, podemos citar al respecto la más reciente sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso, de 26 de enero de 2021 Rec. n.º 3439/2019), que esta clase de instrumentos carecen de la naturaleza jurídica reglamentaria.

Finalmente, otro punto de posible fricción, es el referido al ámbito de la administración Local, y en concreto, a la naturaleza jurídica de Bandos y Decretos de la Alcaldía, y a este respecto, coincidimos con Embid Irujo (2003), Cotino Hueso (2017) y Fuentetaja Pastor (2020), en el sentido de estos instrumentos carecen de la naturaleza normativa, y, por lo tanto, tampoco resultarían medios adecuados para regular las previsiones establecidas en la Ley 39/2015 LPAC.

3. La aplicación del régimen jurídico general de la LPAC a los procedimientos selectivos

Es preciso tener en cuenta que el régimen jurídico general examinado en los apartados anteriores, re-

sulta de obligada referencia legal en toda clase de procedimientos administrativos, y por ello, también de forma ineludible a los procedimientos selectivos, quedando por supuesto excluidos los procesos de promoción interna, que por su ámbito subjetivo (empleados públicos), deben tramitarse exclusivamente por medios electrónicos, al amparo de las previsiones del artículo 14.2 LPAC. Ahora bien, no resulta de aplicación esta previsión cuando el empleado público concurre a un proceso selectivo libre, es decir, concurre al mismo en las mismas condiciones que cualquier ciudadano/a, en ese caso, estará sometido al régimen general que resulte de aplicación a ese procedimiento selectivo concreto.

Por otra parte, también resulta preciso realizar una advertencia previa, el ámbito jurídico material donde se proyecta la posibilidad de imponer la obligación de uso de medios electrónicos, solo afecta a las actuaciones procedimentales «ad extra», dado que las actuaciones administrativas «ad intra», por exigencia legal de la LPAC deben ser tramitadas exclusivamente por medios electrónicos, ya que tras la entrada en vigor completa de la citada norma, hemos entrado en la época «papel cero». Y esto a su vez supone que la realización de los ejercicios o pruebas, no resulten directamente reconducibles en su configuración a la obligación derivada del artículo 14.3 de la LPAC, sino que como examinaremos posteriormente estas deben ser examinadas desde otro marco legal.

3.1. El juicio de la proporcionalidad y los principios constitucionales del artículo 103.3 C.E. impide establecer una obligación generalizada en los procedimientos selectivos

Efectivamente, los tres escalones o subcriterios de referencia para la aplicación del juicio de proporcionalidad resultan un punto de referencia esencial, a nuestro juicio, del mismo modo que no podemos olvidar también las exigencias del artículo 14 y del artículo 23.2 de la Constitución Española, que exigen para el acceso al empleo público el respeto al canon de igualdad de trato a los opositores/as, para un examen más amplio de esta cuestión nos remitimos a mi trabajo (Fondevila Antolín, 2018/a) y a este respecto resulta de interés repasar lo esencial la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo al respecto:

Así, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, con carácter general, en relación al artículo 14 de la CE, destaca de inicio la STC 114/92 en la que se afirma: «El principio de igualdad ante la ley consagrado en

el art. 14 CE consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales, y han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos, de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de fundamento racional, y sea, por tanto, arbitrario porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador». Posteriormente la STC 307/2006, precisa «(...) que el juicio de igualdad ex artículo 14 exige identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas (STC 212/93, 80/1994), por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta ATC 209/85”».

Y específicamente en el ámbito selectivo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (rec.3977/2014) al examinar la igualdad en el acceso declara:

«En primer lugar, que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que puedan colocar en situación de ventaja a unos aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2 CE.»

Delimitado el marco de ponderación que debe utilizar la administración en la adopción de su decisión normativa resulta adecuado realizar un examen de las condiciones fácticas que concurren y configuran los procedimientos selectivos. Así, es preciso tomar en consideración que la imposición de la obligación de relacionarse con medios electrónicos supone obligar a los opositores/as a que cuenten con los medios tecnológicos adecuados. Efectivamente, esto supone incorporar unas exigencias de medios materiales que suponen un coste económico que no todos los ciudadanos/as tienen la posibilidad de disponer¹¹. Y, es más, no podemos obviar que, en este país de la despoblación, existen muchas localidades de su territorio donde las posibilidades de acceso a internet, incluso a conexiones telefónicas móviles resultan muy limitadas o incluso imposibles, lo que añade un problema añadido al derecho de estos ciudadanos/as al acceso a los procesos selectivos.

A lo anteriormente expuesto debemos añadir otra cuestión, en concreto, la capacidad de uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) por los ciudadanos/as, ya que en estos momentos todavía se presenta claramente una brecha digital que se puede atribuir a una serie de factores¹²: la falta de infraestructura (en particular en las zonas rurales) y la falta de conocimientos de informática y habilidades necesarias para participar en la sociedad de la información, especialmente en la población de mayor edad.¹³ No debemos olvidar, por otra parte, que los procesos selectivos están dirigidos a cualquier edad dentro de los límites establecidos en el TREBP (artículo 56.1.c), y por lo tanto esos sectores de mayor edad pueden acudir a los procesos selectivos, y además, es preciso tomar en consideración que no todos los procesos se refieren a ámbitos de cualificación profesional universitaria, sino que la mayor parte, en sentido cuantitativo, se refieren a plazas donde lo determinante no es la cualificación en el uso de las TIC, sino en el adecuado conocimiento de su profesión: conductores, auxiliares de clínica, personal de oficios (fontaneros, carpinteros, electricistas, etc.) y una larga lista de actividades donde, además, en estos momentos de inseguridad laboral, constituyen nichos importantes de búsqueda de trabajo de carácter estable como temporal.

Conforme la situación descrita, a nuestro juicio, la decisión normativa deberá acreditar en su expediente de aprobación de la norma habilitante (memoria de buena regulación), una ponderación de los criterios de proporcionalidad y los derechos constitucionales que concurren. Así, en primer lugar, examinar si el uso de medios electrónicos en el procedimiento no supone un obstáculo para el acceso de todos los ciudadanos/as en condiciones de igualdad al procedimiento selectivo, dado que el objetivo de todo procedimiento selectivo, conforme los principios constitucionales, es la garantía de respeto a la igualdad, mérito y capacidad (primer escalón), en segundo lugar, también deberá justificarse que para cada procedimiento selectivo no existe otra posibilidad legal de relacionarse y que esta no afecte a los derechos de los ciudadanos/as a los que nos hemos referido, estamos en el segundo escalón, y finalmente (tercer escalón), y este es el esencial a nuestro juicio, resultará determinante valorar de forma ponderada otras cuestiones como la eficacia del funcionamiento de la administración, pero también una obligada valoración de las circunstancias personales de los afectados en esa convocatoria (medios económicos y técnicos personales como capacidades en el uso de las TIC), de forma que deberá ponderarse si esta exigencia

puede introducir un elemento discriminatorio para los ciudadanos/as que opten por acceder a un procedimiento selectivo.

A la vista de lo expuesto, una conclusión clara que podemos formular es que no es posible establecer una obligación de este tipo de forma indiscriminada y generalizada, es decir, no es posible aprobar una norma reglamentaria que declare de forma genérica que todos los procesos selectivos que convoque una administración se gestionaran electrónicamente, y tampoco es admisible un reenvío general e indiscriminado sin previa fijación de límites o requisitos en la norma habilitante a las convocatorias y bases concretas que se realicen, pues esta previsión supondría una deslegalización no permitida por la norma, ya que, el instrumento para fijar los colectivos afectados y las condiciones o requisitos es el reglamento y no las convocatorias ni bases, pues recordemos que su naturaleza jurídica es la de actos administrativos plúrimos, aunque existen desgraciados antecedentes de manifiesto incumplimiento, cuestión esta que examinaremos en un posterior apartado de forma detallada, y ello, porque conforme el juicio de proporcionalidad y los principios constitucionales examinados, una medida de este tipo no supera ninguno de estos controles, por cuanto en primer lugar, no es racional ni razonable imponer una medida indiscriminada, cuando las condiciones objetivas de los diferentes colectivos son muy diferentes y sus circunstancias sociales y económicas, como hemos explicado. Por otro lado, se estaría introduciendo un elemento distorsionador en la aplicación del principio de igualdad, conforme lo expuesto por el Tribunal Constitucional, y derivar de forma general e indiscriminada a las convocatorias que tampoco cumplen las exigencias; otra cuestión diferente es que la norma reglamentaria habilitante establezca unos previos criterios objetivos de ponderación y justificación a utilizar en el momento de elaborar y aprobar las diferentes convocatorias concretas, es decir, la norma habilitante debería, por ejemplo, concretar ámbitos materiales de especialidades profesionales donde resulte adecuado exigir la obligación, añadiendo asimismo, algún otro criterio objetivo en función de los tipos de cualificación académica que puedan justificar un conocimiento adecuado de las TIC y además estar en disposición de su uso. Un marco jurídico material configurado de esta forma si cumpliría, a nuestro juicio, las exigencias legales de la LPAC, y, por lo tanto, no existiría problema alguno para que posteriormente en cada convocatoria y sus correspondientes bases se concretara la obligación de uso o no de medios electrónicos en los procedimientos.

3.2. Examen de algunos ejemplos de malas prácticas en la imposición de la obligación de uso de medios electrónicos en procedimientos selectivos

En este apartado vamos a realizar un examen de algunas de las que podemos calificar, a nuestro juicio, como malas prácticas, en el establecimiento de la obligación generalizada e indiscriminada a los ciudadanos/as en el uso de medios electrónicos para poder participar en los procedimientos selectivos que convoquen las administraciones públicas, por cierto, alguno muy reciente, destacando el trampantojo de su motivación, nos referimos a la Administración General del Estado. Dicho esto, comenzaremos nuestra exposición mediante algunos ejemplos, expuestos por orden del ámbito territorial de las administraciones objeto de examen, así:

- a) Debemos comenzar esta exposición de malas prácticas por el examen de la Ordenanza municipal de administración electrónica del Ayuntamiento de Sant Vicent del Raspeig, aprobada por el Pleno municipal el 25 de junio de 2020, que establece en su artículo 3. Obligatoriedad en el uso de los medios electrónicos:

1. Además de las personas que resultan obligadas a relacionarse electrónicamente con la administración municipal en virtud de lo dispuesto en la normativa estatal de procedimiento administrativo común, los siguientes por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional y capacitación exigida, la utilización de medios electrónicos será obligatoria para los siguientes sujetos:

[.....]

b) Los aspirantes de los distintos procesos selectivos convocados por la administración municipal en los términos que establezca la correspondiente convocatoria para los trámites de cumplimentación y presentación de solicitudes, aportación de documentación y demás gestiones relacionadas con las tasas municipales.

En este caso, se observa una reserva a las convocatorias concretas que se realicen, pero esta previsión supone una deslegalización no permitida por la norma, ya que el instrumento para fijar los colectivos afectados es el reglamento y no las convocatorias, como ya hemos indicado, y la norma habilitante no fija unos concretos criterios previos para que las convocatorias se adapten a ellos. De todas formas, a la vista de los otros ejemplos que vamos a estudiar, esta

regulación podría resultar hasta cierto punto razonable y solo parcialmente infractora de las previsiones legales, conforme los criterios expuestos anteriormente.

- b) Por otro lado, nos encontramos con el Decreto-ley 27/2020, de 22 de octubre, de la Junta de Andalucía, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan diversas medidas como consecuencia de la situación generada por el coronavirus, que contiene una previsión que ampara en la situación excepcional de la pandemia de la Covid 19, pero que presenta el mismo déficit de generalidad no permitida, a nuestro juicio, por la LPAC, y es más, establece una inversión del régimen general, de manera que en su artículo único n.º 6 regula como excepción lo que es el régimen general o común, estableciendo:

«La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración de las personas que no tengan la condición de empleado público en los procedimientos previstos en los apartados 1, 4 y 5 de este artículo se podrá exceptuar, atendiendo a lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en las correspondientes ofertas de empleo público, resoluciones o convocatorias».

De todas formas, es destacable que esta norma permite, al menos, un margen de actuación al gestor administrativo para que en determinadas convocatorias no se imponga el uso de medios electrónicos a los ciudadanos/as que quieran concurrir a un proceso selectivo.

- c) Otro ejemplo de mala praxis a nuestro juicio, lo encontramos en el «Acuerdo de 18 de marzo de 2021 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueban las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos» (BOAM 22-3-2021), que establece en su artículo 3, 9, 10 y 11 que los trámites, actuaciones, presentación de instancias, pago de tasas, comunicaciones, alegaciones, recursos y notificaciones serán obligatorias en su implementación por medios electrónicos para todos los ciudadanos/as, de forma indiscriminada y general.

Pues bien, resulta llamativo que la única motivación que argumenta ese Ayuntamiento en su imposición a todos los ciudadanos/as radica en un Acuerdo suscrito el 18 de diciembre de 2021, en la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, que

asumió la Estrategia de Transformación de la Gestión de Recursos Humanos en el Ayuntamiento de Madrid 2020-2023, acuerdo que, por cierto, no establece ninguna previsión concreta a este respecto, y al amparo del mismo la única motivación es que en función de estas directrices debe establecerse un cambio cultural con el fin de obtener: «*máxima agilidad en el desarrollo de los procesos selectivos, manteniendo todas las garantías para el aspirante y respetando en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*».

Declaración puramente formal y vacía de contenido, el papel lo soporta todo, que no aporta ni un solo dato empírico o razonamiento que ampare la toma de la decisión conforme los criterios establecidos en el artículo 14.3 de la LPAC, es decir, un manifiesto incumplimiento de las exigencias legales de motivación, y, por lo tanto, a nuestro juicio, manifiestamente ilegal. De forma que nos encontramos ante una imposición indiscriminada que limita claramente los derechos de los ciudadanos/as en el acceso al empleo público, en colectivos de ciudadanos/as con menores recursos económicos o de formación y habilidades en el uso de las TIC, a este respecto, en el siguiente apartado aportaremos datos oficiales absolutamente demoleedores a este respecto. Así, parece apreciarse el inicio de un proceso de cambio de orientación, de manera que se les transforma de ciudadanos/as con plenos derechos en súbditos electrónicos.

- d) Finalmente, nos encontramos con las actuaciones de la Administración General del Estado, que se supone debería ser un ejemplo de «buenas prácticas administrativas» para el resto de las administraciones públicas, si bien desde hace algunos años parece que estamos ante todo lo contrario, como ejemplo, lo ocurrido con relación a la implementación del Fondo de Liquidez Autonómico (FLA) que ya analizamos en otro trabajo (Fondevila Antolín 2016/c).

Pues bien, a este respecto podemos comenzar por destacar el antecedente establecido por el Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019, en su artículo 2 apartado 14, establece: «*La cumplimiento de las instancias se hará de forma electrónica y se presentarán preferentemente por esta vía*». Así, esta previsión entendemos que colisiona directamente con las

exigencias legales de la LPAC anteriormente expuestas, pues recordemos que las ofertas públicas de empleo no tienen naturaleza jurídica normativa, sino que las mismas deben ser calificadas de «actos administrativos plúrimos» conforme doctrina judicial pacífica y consolidada, por todas STS 30 de noviembre de 1999 y STS de 2 de julio de 2008 (Rec. 89/2008), y así lo hemos expuesto en otro trabajo (Fondevila Antolín, 2018/a). Así, la previsión del citado Real Decreto incumple las exigencias legales de la LPAC, además de no respetar un juicio de proporcionalidad, pero por desgracia esta mala práctica ha resultado ratificada de forma estable y permanente por la Administración General del Estado recientemente, cuestión que examinamos a continuación con detalle.

Efectivamente, en un ejercicio de lo que podemos calificar como «despotismo ilustrado electrónico», la Administración General del Estado ha procedido a aprobar el 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, y en concreto, en su disposición adicional primera, establece:

«Las personas participantes en procesos selectivos convocados por la Administración General del Estado, sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes a la misma, deberán realizar la presentación de las solicitudes y documentación y, en su caso, la subsanación y los procedimientos de impugnación de las actuaciones de estos procesos selectivos a través de medios electrónicos».

Pues bien, de la simple lectura de estas previsiones, salvo el cumplimiento de la exigencia de rango normativo, se deduce que su contenido colisiona absolutamente con todo lo expuesto anteriormente sobre el marco normativo vigente previsto en el artículo 14.3 de la LPAC, pero lógicamente, como ya anticipamos en nuestras consideraciones podría ser posible que en el proceso de elaboración del 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 se aportaran razones suficientes y razonables que justificaran una decisión de este tipo, por ello, vamos a examinar el contenido de la «*Memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de real decreto por el que se aprueba el reglamento*

de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos» de fecha 21 de enero 2021, en la cual con relación a esta disposición adicional, y como justificación de esta imposición indiscriminada de uso de medios electrónicos, se remite al informe emitido por la Dirección General de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública de fecha 18 de septiembre de 2020. Este informe formula una serie de consideraciones generalistas sobre los beneficios que para la práctica administrativa supone la utilización de las TIC, en concreto, según el mismo estas han beneficiado la agilidad de los procesos selectivos, y también, considera que el uso de estos medios es un instrumento en la lucha contra la violencia de género, además de ser el medio más adecuado para facilitar la adecuada información a los opositores/as sobre el desarrollo de los procedimientos. Pues bien, como el lector podrá comprobar hasta este momento no se ha realizado ninguna referencia a los derechos de los ciudadanos/as, ni referencia alguna a los criterios de ponderación recogidos en el artículo 14.3 de la LPAC. Ahora bien, el citado informe en su parte final si incorpora una breve referencia a los criterios de ponderación, en concreto, señala:

«...esta Dirección General considera procedente dar un paso adelante a nivel normativo, por medio de la aprobación de la Disposición adicional primera del presente Proyecto, considerando a los participantes como personas físicas pertenecientes a un colectivo con respecto del cual, en el contexto del proceso selectivo, resulta presumible la capacidad técnica necesaria para dirigirse a la AGE por medios telemáticos, bien mediante el empleo directo de sus propios equipos, bien mediante el acceso a los medios electrónicos puestos a su disposición a tal efecto por parte de la propia Administración.

A este respecto debe tenerse en cuenta que, dadas las características de la actividad formativa llevada a cabo por los participantes para la superación de los procesos selectivos, con la inversión de recursos personales de todo tipo que, per se, ello implica, es dable presumir que la brecha digital entre las personas físicas integrantes de este colectivo será prácticamente inexistente y, por tanto, fácilmente salvable, como en los supuestos de los colectivos profesionales a los que reglamentariamente ya se les ha impuesto esta misma obligación de comunicación con la Administración por medios telemáticos».

De entrada sorprende de esta exposición su imprecisión, y en especial, la ausencia de cualquier constatación de datos empíricos que amparen sus conclusiones, así pues, estamos ante meras especulaciones voluntaristas, y realizamos estas afirmaciones en base al examen de los propios datos facilitados por la Administración General del Estado en varios documentos aprobados por el Gobierno Español, en concreto, nos referimos a denominada «Agenda Digital España (2025)»¹⁴, que señala:

«En primer lugar, la ciudadanía necesita competencias digitales básicas para operar con confianza a la hora de comunicarse, informarse o realizar transacciones, como comprar, interactuar con las Administraciones Públicas, o reservar una cita médica. Sin embargo, el diagnóstico actual indica que el porcentaje de personas sin competencias digitales básicas en la Unión Europea es del 42% y en España del 43%. A pesar de que este porcentaje decrece año a año, siguen existiendo colectivos donde la falta de competencias golpea con especial intensidad, produciendo nuevos fenómenos de exclusión digital.

En segundo lugar, se requieren competencias avanzadas para poder desplegar una actividad más elaborada, como publicar contenidos, hacer búsquedas sofisticadas o programar y configurar sistemas digitales sencillos. En el caso de la población activa, son además necesarias competencias digitales específicas ligadas al trabajo desempeñado, como el manejo de herramientas digitales complejas. En este ámbito, según estimaciones de la Comisión Europea, al menos el 90% de los empleos ya requieren disponer de competencias digitales básicas. Sin embargo, en España, en 2019, el 36% de la fuerza laboral carecía de dichas competencias, siendo peor la situación entre la población desempleada (55%) que la de la empleada (32%). (El subrayado es nuestro).

A esto debemos añadir el dato que facilita también el «Plan Nacional de competencias digitales»¹⁵, donde se indica de forma expresa que: «casi 20 millones que no posee competencias digitales básicas».

Por lo tanto, el simple contraste con los datos que facilita el Gobierno al cual se encuentra adscrita esa Dirección General, desvirtúa toda su argumentación, y es más, parece que las consideraciones del informe parten de una visión del empleo público restringida a determinados Cuerpos funcionariales generales o de especial cualificación, olvidando que estas previsiones resultan de aplicación al conjunto del empleo público, es decir, afectan también a

las profesiones menos cualificadas pero esenciales para los servicios públicos, por ejemplo, «auxiliares de clínica, operarios múltiples, etc.», la mayoría de ellos con un régimen jurídico laboral pero también sometidos al TREBEP. Desde luego, esta insuficiente motivación se constituye en razón suficiente y adecuada para considerar que el contenido de esa disposición adicional resulta manifiestamente ilegal, y susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Dicho lo anterior, nos encontramos además con una disfunción legal y esencial en el citado informe de la Dirección General de Función Pública, incorporado a la Memoria del proyecto, en concreto, la afirmación de que los problemas que puedan tener los ciudadanos/as en el uso de medios electrónicos para el acceso a los procedimientos de selección quedarán subsanados mediante la puesta a su disposición de los servicios de información establecidos en las oficinas de asistencia en materia de registro y atención al ciudadano/a, olvidando las previsiones del artículo 12.2. de la LPAC, que excluye precisamente a los obligados a relacionarse por medios electrónicos del derecho a ser asistidos en el uso de los mismos, sorprende que en un informe oficial se desconozca su propia legislación, obviamos mayores comentarios¹⁶.

Finalmente, no podemos evitar realizar una breve observación sobre el Dictamen del Consejo de Estado, de fecha 18 de marzo de 2021, al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, y en especial, porque el mismo con relación a una cuestión tan importante como la analizada limita su comentario a una mera observación formal sobre la rúbrica del título de la disposición adicional, sin realizar consideración jurídica de fondo alguna, nos resulta difícil comprender como ese importante órgano ha podido obviar esta cuestión.

Como resumen, la situación es muy preocupante para los ciudadanos/as pues no podemos obviar la función «tractora y ejemplificadora» que las decisiones normativas de la Administración General del Estado tienen sobre el resto de las administraciones públicas, de forma que podemos entrar en una nueva época de transformación de la condición de ciudadanos/as en la de «súbditos/as», tanto en esta área como para el conjunto de las relaciones administrativas.

3.3. Una reciente referencia Jurisprudencial sobre el uso de medios electrónicos en procesos selectivos

Nuestras anteriores consideraciones, ya anticipadas en otro trabajo (Fondevila Antolín, 2020), coinciden con lo declarado en una reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, sección 4.ª, de 6 de mayo de 2021, n.º de rec. 150/2020, en la cual se determina:

«SÉPTIMO.—La imposición del sistema de relación electrónica obligatoria en la Orden SND/411/2020 no constituye desarrollo reglamentario 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 las 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:

[...]

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:

[...]

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 Secretaría 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.»

Como puede apreciar el lector, el Tribunal exige el cumplimiento de los dos requisitos básicos a los que nos hemos referido en este trabajo, en concreto, en primer lugar, la necesaria justificación y motivación de la imposición, y en segundo lugar, el tipo de instrumento (reglamento) para su establecimiento, de forma que esto confirma que el uso de unas bases o convocatorias para su exigencia resultan instrumentos legales no ajustados a derecho.

3.4. La implementación de los medios electrónicos en las actuaciones procedimentales ad extra: Delimitación de las diferentes actuaciones administrativas afectadas

Debemos examinar ahora un elemento esencial dentro de la fase de implementación de los medios electrónicos y su alcance en un concreto ámbito material, así, debemos recordar que conforme determina el artículo 14.3 de la LPAC, el ámbito de exigencia se limita a las «actuaciones procedimentales», o bien, exclusivamente a las notificaciones o aportación de documentos (art. 16.5 y 41.1 y 3 LPAC), esto supone que resulte que no toda actividad administrativa es reconducible al ámbito de la obligación, solo determinadas actuaciones procedimentales a las que ya nos hemos referido en anteriores trabajos (Fondevila Antolín, 2018/a) y que también recoge de forma muy ilustrativa (Cuenca Cervera, 2016) y que examinaremos con detalle a continuación.

Por último, recordar la consideración que formulamos en un apartado anterior, en concreto, que las actuaciones administrativas «ad intra», por exigencia legal de la LPAC deben ser tramitadas exclusivamente por medios electrónicos. Dicho lo anterior, procedemos a un breve examen de las actuaciones procedimentales que debería entenderse que se encuentran dentro del ámbito fijado por el artículo 14.3 de la LPAC, así:

a) La presentación de solicitudes

Esta es una de las actuaciones esenciales del procedimiento, ya que constituye el elemento determinante para poder iniciar el procedimiento administrativo, mediante la solicitud de los ciudadanos/as se concreta la voluntad de estos para su participación en el procedimiento selectivo, la cual deberá cumplir las exigencias legales y de la convocatoria al respecto. Por supuesto en el caso de que se exija el uso de medios electrónicos en el procedimiento, los opositores/as no podrán utilizar las oficinas de asistencia en materia de registro y tampoco acudir a los servicios de asistencia en el uso de medios electrónicos con la administración. Además, deberán contar con firma electrónica.

Por otro lado, resulta esencial que se determine el tipo de firma electrónica que podrán utilizar los ciudadanos/as, pues no hay que confundir la identificación con la firma electrónica, conceptos muy diferentes, pero que en la práctica de muchas administraciones no lo parece. Así, debemos recordar que deberán seguirse las previsiones del artículo 10 de la LPAC, de

manera que al menos deberá admitirse la firma electrónica avanzada y la avanzada cualificada, si bien, también será posible otros sistemas de firma electrónica, siempre que se encuentren autorizadas por la Administración General del Estado, lo que supone que la utilización de sistemas de clave sin esa previa autorización no resultan medios legales al respecto, de todas maneras para un examen más detallado de esta materia nos remitimos a nuestro trabajo (Fondevila Antolín, 2016) y en especial (Alamillo Domingo 2019).

b) *El Pago de las tasas de examen por medios electrónicos: Derecho u obligación*

Con relación a la exigencia de estas tasas debemos señalar que es cuestión pacífica que la falta de pago determina la exclusión provisional de la lista de admitidos, y si no se subsana se eleva a definitiva la misma. Como se aprecia este requisito puede resultar esencial en la tramitación del expediente de un procedimiento selectivo, por las consecuencias que conlleva su incumplimiento, y por ello, resulta también esencial delimitar el régimen jurídico sobre los medios de pago a utilizar por los futuros opositores/as.

La necesaria reflexión a realizar es si estamos en presencia de un derecho del ciudadano/a a elegir el uso de medios de pago electrónicos, o bien, es posible imponer ese uso a los mismos, esta cuestión debería haberse podido resolver de forma simple con una regulación precisa en la legislación general básica sobre el procedimiento administrativo, pero resulta que las previsiones de la Ley 39/2015 LPAC resultan manifiestamente contradictorias a este respecto.

Así, en primer lugar, es preciso tomar en consideración las previsiones del artículo 53.1 h) LPAC, que reconoce el derecho de los interesados/as a cumplir con las obligaciones de pago, sean cuales sean, a través de los medios citados, esta regulación, a nuestro juicio y de Cotino Hueso (2016), Martínez Gutiérrez (2016), Martín Delgado (2018) es que no estamos en presencia de una obligación, sino que lo que se habilita es al ciudadano/a para elegir qué tipo de medio de pago quiere utilizar en cualquier tipo de obligación pecuniaria, no estando obligado al uso de los electrónicos. Además, parece confirmar esta interpretación las previsiones del artículo 16 LPAC, que regula los registros en su apartado sexto la posibilidad de hacer efectivo mediante transferencia cualquier cantidad que haya que satisfacer en el momento de presentación de documentos a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de abono por otros medios.

Pero dicho lo anterior, en segundo lugar, y como ya anticipábamos, se aprecia una manifiesta antinomia, y en este sentido ya se ha pronunciado Villafañez Gallego (2016). Así, nos encontramos que el artículo 98.2 LPAC establece una preferencia del uso de los medios electrónicos para el pago de las obligaciones con la Hacienda Pública, añadiendo que solo es posible excepcionar esta obligación si se acredita de forma justificada la imposibilidad de utilizar estos medios electrónicos. Este mismo precepto incorpora de forma detallada los medios de posible uso: tarjetas de crédito o débito, transferencia bancaria y la domiciliación bancaria, sin perjuicio de otros que puedan ser autorizados (un ejemplo característico a este respecto serían las denominadas «pasarelas de pago» como ePago-Gestión).

Pues bien, cómo resolver esta antinomia, entendemos que la respuesta a esta pregunta la podríamos encontrar acudiendo a los principios generales del régimen democrático que se funda en la libertad, pero sus distintas manifestaciones tienen alcances y significados bien distintos. Así, recordemos que los dos sentidos más significativos del régimen de libertad se producen en el ámbito de las restricciones administrativas, las policiales, la libertad cívica de los ciudadanos/as y en el ámbito de las restricciones a las libertades económicas, sometidas de manera especial a licencias y autorizaciones de todo tipo. Desde hace mucho tiempo el Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo) se refiere a la regla «*in dubio pro libertate*»; por ejemplo, este Tribunal en su sentencia de 19 de julio de 1988, señalaba: «*incluso en casos dudosos, la incertidumbre en la materia se viene resolviendo en favor del principio pro libertate, de acuerdo con constante Jurisprudencia*», y en el mismo sentido podemos citar las sentencias de 5 de diciembre de 2012, recurso n.º 6105/2011, la de 24 de enero de 2012, recurso n.º 1052/2009, y la de 19 de julio de 2012, recurso n.º 5222/2006. Pues bien, entendemos que al amparo de esta regla puede resolverse esta antinomia, a favor de entender que el uso de medios electrónicos para el pago de las tasas de examen es un derecho de los ciudadanos/as, de forma que estos podrán elegir libremente su utilización o bien, rechazarlo.

Finalmente, debemos destacar la consideración complementaria que realiza Martín a este respecto señalando literalmente: «*El hecho de que el precepto se ubique en el capítulo relativo a la ejecución de los actos administrativos y bajo el título de “ejecutoriedad” podría dar a entender que la posibilidad de pago electrónico sólo abarca aquellos supuestos de exacciones administrativas*». Por lo tanto, entendemos que este argumento apuntala nuestra posición de considerar que no es posi-

ble imponer el uso de medios electrónicos en esta fase del procedimiento, lo que no significa que no resulte recomendable su uso, ya que, casi con seguridad resultara mucho más fácil y ágil el pago a través de estos medios, pero es preciso tener siempre en cuenta que deben prevalecer los derechos sobre las restricciones, salvo razones de interés general, y en este caso, no apreciamos que concurran esta clase de intereses. Y es más, en todo caso, el interés a proteger es el de los ciudadanos/as que se encuentran dentro de ese espacio, todavía muy grande en nuestro país, de la brecha digital, y por ello, las administraciones tienen que ayudar y estar al servicio del ciudadano/a y facilitarle el cumplimiento de sus obligaciones, pues no se puede tratar por igual a los desiguales y deben removerse los obstáculos para que estos puedan participar en lo público (arts. 9.2 y 14 CE), y en estos momentos, existe una clara desigualdad entre los ciudadanos/as en el uso y conocimiento de los medios electrónicos o digitales.

c) *La publicidad por medios electrónicos durante el procedimiento de selección*

A este respecto, es preciso señalar de inicio que nos encontramos ante una clase de actuaciones que resultan esenciales en todo procedimiento selectivo, tanto si estamos en las fases de gestión administrativa del mismo, como durante el desarrollo de las pruebas presenciales, si bien, en este último caso estamos ante las exigencias del derecho de información durante el desarrollo de las pruebas, cuestión procedimental diferente.

Dicho lo anterior, es preciso destacar que, a nuestro juicio, el uso de medios electrónicos de publicidad en el desarrollo de los procesos selectivos no supone que estos queden exonerados de las obligaciones derivadas de las previsiones establecidas al respecto por el 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, de carácter general y supletorio, como también de forma específica para el ámbito local el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

Por ello, entendemos que con relación a la publicidad tanto las propias convocatorias y bases como de las listas de admitidos y excluidos, así, como de todas aquellas otras actuaciones de carácter procedimen-

tal (nombramiento del tribunal, resolución de nombramientos de aprobados), en tanto en cuánto no se modifique el vigente marco legal no es posible prescindir de la utilización obligada de la publicación en el Boletín oficial correspondiente, con independencia que de forma complementaria resulte recomendable su publicación también en los tabloneros electrónicos incluidos en las sedes electrónicas de cada administración, pero debemos ratificarnos que hasta en tanto no se modifique el vigente marco legal no es posible su sustitución.

d) *La presentación de alegaciones o de documentación requerida para la tramitación del procedimiento*

En este caso estamos al igual que con las solicitudes ante una actividad procedimental típica que forma parte de la tramitación de cualquier procedimiento administrativo, de manera que también esta debe ser incluida sin duda, entre las fases afectadas por la declaración de obligatoriedad de uso de medios electrónicos, tanto, durante el desarrollo del procedimiento (presentación de alegaciones a las listas de admitidos y excluidos o incluso, si así se establece en las bases, la presentación de alegaciones ante las valoraciones o actuaciones de los órganos de selección), como en la fase final de presentación de la documentación necesaria para la formalización del nombramiento como empleado público. A este respecto, debemos reiterar lo ya indicado con relación al régimen jurídico general expuesto en el apartado referido a las solicitudes.

3.5. **Las actuaciones «ad intra», en especial la gestión del procedimiento selectivo por los órganos de selección**

Indudablemente, en estos momentos, tras la entrada definitiva en vigor de la LPAC, las actuaciones administrativas de los órganos de selección, deben cumplimentarse conforme las determinaciones de la citada norma y también de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre esta cuestión nos debemos remitir a la consulta del amplio examen de la misma en nuestro anterior trabajo (Fondevila Antolín, 2020), si bien, de forma resumida debemos destacar que dichos órganos deberán tener en cuenta en sus actuaciones la necesaria cumplimentación electrónica de los siguientes aspectos:

- a) Convocatorias de las reuniones a distancia del órgano de selección por medios electrónicos.

- b) Posibilidad de celebración de reuniones del órgano por medios telemáticos y grabación de las mismas
- c) Elaboración de las actas por medio electrónico, generando un documento electrónico, con firma electrónica avanzada cualificada del secretario y presidente del órgano de selección.

Por otro lado, es preciso añadir que al amparo del principio de transparencia resulta necesario implementar medidas para facilitar también la adecuada información sobre cualquier clase de incidencias que afecten al desarrollo de los procedimientos selectivos por parte de los órganos de selección, y que no son procedimentales, con independencia de la publicidad formal por medio de los Boletines Oficiales. Pues bien, con relación al régimen de información que no de notificaciones, conceptos sustancialmente diferentes, en primer lugar, debemos remitirnos a lo establecido en las correspondientes Bases de la oposición, de forma que resultaría posible una información no procedimental (convocatorias sobre día y hora de celebración de ejercicios, información sobre calificaciones de las pruebas u otras incidencias sobre su celebración) por vía de anuncio en tablones físicos en los lugares de examen, como también por medios electrónicos, es decir, sede electrónica como página web, correo electrónico o whatsapp, pero recordando en estos últimos casos que es preciso tomar en consideración una serie de requisitos técnicos y legales de necesaria y legal cumplimentación, a este respecto nos remitimos al estudio más detallado en nuestro trabajo (Fondevila Antolín, 2020).

4. Las pruebas o ejercicios a desarrollar en los procedimientos selectivos: un régimen específico y parcialmente sometido a las previsiones de la LPAC

Nos encontramos ante actuaciones que no pueden ser calificadas como «procedimentales», y por lo tanto, no directamente reconducibles al régimen jurídico general establecido en la LPAC, sino que se encuentran sometidas a un régimen jurídico específico, eso no significa que para el desarrollo de las mismas no resulte posible la utilización de medios electrónicos con

el fin de conseguir una mayor eficacia y eficiencia en su implementación, cuestión diferente es determinar si es posible legalmente exigir a los opositores/as en ciertos tipos de pruebas (no presenciales) su utilización, de todas formas anticipamos que en este apartado solo vamos a realizar un breve resumen de la cuestión, remitiéndonos a nuestro amplio análisis al respecto en (Fondevila Antolín, 2020).

A) Las pruebas presenciales

Así, comenzamos por el examen de la utilización de medios electrónicos en el desarrollo de pruebas selectivas presenciales, que debemos recordar que en estos momentos ya resulta obligado el uso de herramientas tecnológicas para su gestión operativa, conforme las exigencias de la LPAC, si bien, esto no supone una gran transformación en el desarrollo de las mismas, aunque si pueden aportar una mejora en la aplicación del principio de transparencia en los procesos selectivos (Fondevila Antolín, 2017/b y 2018/b) y de las garantías de los opositores/as en la valoración de sus ejercicios. Esta exigencia legal se puede concretar en las siguientes actuaciones:

1. La obligada digitalización de los ejercicios realizados por los opositores/as de forma escrita. Si tenemos en cuenta que la LPAC en su artículo 70 determina que a partir de la entrada en vigor de esta norma todos los expedientes deberán ser instruidos electrónicamente, lo que supone la aplicación del mandato de «papel cero», nos encontramos que en los procesos selectivos la celebración de muchos de los ejercicios se formaliza mediante la contestación en un documento manuscrito en papel, y por ello, lógicamente estos ejercicios forman parte del expediente administrativo sin duda alguna, por lo tanto, la siguiente cuestión es preguntarnos cual deben ser el mecanismo o medio electrónico que facilite esa incorporación. A este respecto, la primera solución que probablemente todo conocedor de la LPAC indicaría sería la aplicación analógica de las previsiones de su artículo 16.5 y la digitalización de los documentos en papel para su incorporación al expediente electrónico.

2. La grabación del desarrollo de los ejercicios de las pruebas selectivas. Una de las cuestiones esenciales que hemos destacado en otros trabajos (Fondevila Antolín, 2018/a y 2018/b), a los cuales nos remitimos ha sido la referida al control a posteriori de los ejercicios realizados por los opositores/as, en especial la doctrina del Tribunal Supremo sobre la admisión de la práctica de prueba pericial sobre el contenido de las pruebas. Pues bien, uno de los obstáculos más llamativos al respecto lo encontramos en la reali-

zación de pruebas de carácter oral, entrevistas, pruebas físicas, o pruebas prácticas de constatación material no escritas (p.e. personal de oficios), pues sobre estas no queda constancia real de su contenido y desarrollo, en el mejor de los casos solo la motivación detallada del órgano de selección en su calificación. Lógicamente la siguiente pregunta sería si existe un marco legal que permita la grabación de los ejercicios, especialmente en lo relacionado con la protección de datos personales, y la respuesta afirmativa a esta pregunta la podemos encontrar en las siguientes consideraciones.

En cuanto al respeto al marco legal regulador de la protección de datos personales, es preciso remitirse a lo manifestado por la Agencia Española de Protección de Datos, en adelante AEPD, que en su informe 010601/2019, con relación a la grabación en video de pruebas en el ámbito universitario pero cuyas consideraciones resultan, a nuestro juicio, trasladables sin problema alguno a este ámbito de los procesos selectivos; así, señala que conforme las determinaciones del artículo 6.1. e) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en adelante RGPD, no existe inconveniente legal para la grabación de pruebas, de forma que no existe colisión alguna con el vigente marco legal regulador de la protección de datos personales.

Asimismo, resulta adecuado tomar en consideración las previsiones del artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), precepto que autoriza expresamente la grabación de las sesiones de los órganos colegiados, y dado que, un órgano de selección está sometido al régimen jurídico de los órganos colegiados, les resultaría de directa aplicación estas previsiones. Así pues, ya que sin duda alguna la celebración de los ejercicios forma parte de las sesiones, es decir, no es una actuación diferente e independiente, sino que la misma es parte de la sesión, la grabación de los ejercicios estaría amparada por las citadas previsiones de la LRJSP, de manera que tendríamos el marco normativo adecuado al que se refiere el informe de la AEPD.

B) Las pruebas a distancia y la utilización de instrumentos «Proctoring»

En esta clase de pruebas nos enfrentamos a una de las cuestiones más conflictivas desde un punto de vista legal, y que está siendo objeto en diferentes ám-

bitos administrativos de una serie de propuestas que resultan claramente desajustadas legalmente y además voluntaristas, bajo el paraguas de la «innovación», olvidando que es necesario un examen integrativo y coherente de la cuestión, y ello, por cuanto la utilización de aplicaciones informáticas denominadas como «Proctoring», presentan claros elementos de posible colisión, salvo modificaciones legislativas específicas, con el vigente marco legal del régimen jurídico de la protección de datos personales. Pero es que, además, la utilización de estas aplicaciones puede presentar también colisiones en su implementación con el régimen constitucional de acceso al empleo público, en concreto, el principio de igualdad. Finalmente indicar que esta materia ha sido objeto de un estudio mucho más amplio y detallado al cual me remito (Fondevila Antolín, 2020), de manera que solo vamos a proceder a enumerar algunas de las cuestiones más conflictivas que analicé en el trabajo anteriormente citado.

1. La exigencia a los ciudadanos/as para poder acceder al empleo público de contar con determinados medios electrónicos para poder realizar los ejercicios.

Conforme a lo ya expuesto anteriormente, debemos reiterar lo ya explicado sobre las exigencias del artículo 14 y del artículo 23.2 de la Constitución Española, para el acceso al empleo público y el respeto al canon de igualdad de trato a los opositores/as y la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo al respecto. Así la pretensión de que se exija el uso de medios electrónicos aportados por los opositores/as resultaría claramente inconstitucional, pues suponen directamente una violación de las previsiones del artículo 14, y ello, sin tener que acudir a la aplicación de lo establecido en el artículo 23.2 precepto cuya aplicación al ámbito de acceso de los empleados públicos laborales resulta muy discutida (Fondevila Antolín, 2018/a).

Cuestión diferente sería que por parte de las administraciones convocantes se facilitará de forma gratuita a todos los opositores/as los medios técnicos necesarios (por ejemplo: ordenador y acceso a internet), en ese caso está claro que la colisión con el principio de igualdad quedaría salvada, dado que no existiría discriminación alguna entre aquellos que dispusieran de medios propios y aquellos otros que, al no tener acceso, se les facilita de forma gratuita los mismos. Aunque el problema de la brecha digital y la exigencia indirecta del conocimiento de tecnologías no se solventaría de esta forma, al menos para importantes colectivos de opositores/as referidos a ámbitos materiales de actividad pública no administrativa.

2. El régimen legal de la protección de datos personales y su actual colisión con el uso de aplicaciones de

Proctoring y monitoreo en el desarrollo de pruebas o ejercicios no presenciales.

A este respecto, como resumen esencial sobre esta clase de pruebas, que anticipamos que resultan muy conflictivas legalmente en su implementación, nos remitimos para un examen más amplio a nuestro trabajo (Fondevila Antolín, 2020), así, lo más adecuado a este respecto es el examen de las consideraciones emitidas por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe 36/2020, que tiene su origen en una consulta formulada por las universidades españolas como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid19 y las limitaciones para la realización de pruebas en los citados centros, manifestando nuestra conformidad con las conclusiones manifestadas en el mismo. Conforme lo recogido en el citado informe existe una clara infracción de la legislación Europea (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y Nacional (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), en la pretensión de utilización de esta clase de instrumentos para la realización de pruebas selectivas a distancia, y por ello, las mismas resultarían nulas de pleno derecho.

5. Conclusiones finales

Primera. Es esencial comprender que la denominada «e-administración» y el uso de medios electrónicos por los ciudadanos/as no es un fin en sí mismo, sino que estamos en presencia de un simple medio para la implementación de los procedimientos administrativos, como ya hemos señalado hace tiempo en otros trabajos (Fondevila Antolín, 2016/a), con el fin de mejorar la calidad de los servicios públicos.

Efectivamente, los medios electrónicos son esenciales para una administración eficaz y eficiente y por ello, una obligación para las administraciones públicas su implementación, pero también es preciso tener en cuenta que las administraciones deben estar al servicio de los ciudadanos/as y no al revés, pues recordemos que existe un mandato constitucional como Estado Social de prestar servicios a los ciu-

dadanos/as con plenas garantías legales, pero también está obligada a remover los obstáculos para que los ciudadanos/as puedan acceder a todos a los que tenga derecho (artículos 1.1, 103 y 9.2 de la CE). Es decir, la administración está obligada a facilitar el uso de los medios electrónicos a los ciudadanos/as y solo excepcionalmente puede imponer esa obligación, ya que, en ese caso, recordemos, la propia LPAC niega el derecho a los ciudadanos/as a ser asistidos en los problemas e incidencias que tengan al respecto.

Segunda. Es posible considerar que la LPAC reconoce un derecho implícito a elegir la forma de relacionarse con la administración, de forma que el establecimiento de una obligación de utilizar exclusivamente medios electrónicos tiene un carácter excepcional. Lo anterior, no supone que no resulte perfectamente compatible, y a nuestro juicio recomendable, el uso de medios electrónicos con el formato presencial de forma indistinta en un mismo procedimiento, e incluso, que se recomiende el uso preferente de medios electrónicos. Así, la excepcionalidad en el establecimiento de esta clase de obligación exige el cumplimiento de una serie de requisitos jurídicos formales (norma reglamentaria), como jurídicos materiales (acreditación de unas determinadas condiciones: capacidad económica, técnica, dedicación profesional), aplicados de forma conjunta.

Tercera. La norma que autorice la imposición de esta obligación para los procedimientos selectivos, no puede ser general e indiscriminada, sino que deberá precisar de forma detallada y concreta la concurrencia de los requisitos establecidos por la LPAC, y para su ponderación deberá utilizarse tanto el principio (juicio) de proporcionalidad como la aplicación de los principios constitucionalmente reconocidos para el acceso al empleo público. A este respecto, es absolutamente necesario tomar en consideración las concretas condiciones personales de los ciudadanos/as que pueden concurrir a los procedimientos, como sus condiciones económicas y sociales, de forma que la cuestión de la «brecha digital», es un punto de referencia esencial.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el ámbito de aplicación de esta obligación alcanza solamente a las «actuaciones procedimentales», de forma que el desarrollo de las pruebas o ejercicios y el uso de medios electrónicos en su implementación deben examinarse desde otro marco normativo.

Cuarta. Ahora bien, algunos antecedentes de regulaciones normativas, y, en especial el 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, parecen estar

orientadas en un sentido inverso, es decir, la conversión de los ciudadanos/as en súbditos electrónicos de la administración, de forma que parece que entramos en una nueva época de despotismo ilustrado electrónico, conforme la famosa frase que identifica a ese periodo histórico: «todo para el pueblo pero sin el pueblo».

6. Referencias bibliográficas

- Alamillo Domingo, I. (2019). *Identificación, Firma electrónica y otras pruebas electrónicas*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Barnés Vázquez, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario, *Revista de Administración Pública* n.º 135. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bocanegra Requena, J.M. y Bocanegra Gil, B. (2011). *La Administración Electrónica en España. Implantación y Régimen Jurídico*. Atelier.
- Boix Palop, A. (2010). Previsiones en materia de neutralidad tecnológica y acceso a los servicios de la administración. En Cotino Hueso y Valero Torrijos (coords), *Administración Electrónica, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Tirant lo Blanch.
- Carlón Ruíz, M. (2010). El principio de proporcionalidad. En Santamaría Pastor (dir.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. La Ley-Wolters Kluwer.
- Cotino Hueso, L. (2009). Derechos del ciudadano. En Gamero Casado (coord.) y Valero Torrijos, *La Ley de Administración Electrónica (Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos)*. Aranzadi.
- Cotino Hueso, L. (2016). Derechos de las personas y derechos de los interesados en sus relaciones con las administraciones públicas: una visión en paralelo. En C. Campos Acuña (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*. Wolters Kluwer.
- Cotino Hueso, L. (2017). El Derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC). En Dir. Gamero Casado (dir.) y Fernández Ramos y Valero Torrijos (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tirant lo Blanch.
- Cuenca Cervera, J. y Fariña Guillen, J.F. (2016). Gestión del personal de la administración Local. En Domingo Zaballo (dir.), *Práctica de Administración Local: Formularios y Documentos*, 3.ª edición. Tirant lo Blanch.
- Delgado Barrio, J. (2016). El control de la discrecionalidad en la actividad urbanística, 2.ª edición. Civitas – Thomson Reuters.
- Embid Irujo, A. (2003). Ordenanzas y Reglamentos municipales, en Dir. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª edición. Civitas.
- Fernández Rodríguez, J.J. y Sanjurjo Rivo, V. (2010). Acceder o no acceder: esa es la cuestión. En Coord. Cotino Hueso y Valero Torrijos (ccord.), *Administración Electrónica, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Tirant lo Blanch.
- Fondevila Antolín, J. (2016/a). El Procedimiento administrativo Común: novedades en el régimen jurídico de los principales instrumentos de la e-administración. En Gallardo Castillo (dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*. Cemci.
- Fondevila Antolín, J. (2016/b). Una aproximación al nuevo régimen jurídico de las Notificaciones Administrativas en la Ley 39/2015 LPACAP. *Revista Actualidad Administrativa* n.º 2/2016. LA LEY-Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2016/c). Estado de Derecho o el Imperium de la deslealtad institucional: Breves consideraciones sobre la imposición por el Estado Central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales. *Revista Actualidad Administrativa* n.º 9/2016. LA LEY-Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2017/a). Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad. En Eduardo Gamero Casado (dir.), Severiano Fernández Ramos y Julián Valero Torrijos (coord.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tirant lo Blanch.
- Fondevila Antolín, J. (2017/b). La Transparencia y los Valores Éticos en el empleo público: una exigencia ineludible ante la desprofesionalización de las administraciones públicas. En Jaime Pintos Santiago (dir.), *Calidad, transparencia y ética pública*. Instituto Nacional de Administración Pública-INAP (Colección monografías).
- Fondevila Antolín, J. (2018/a). *Manual para la selección de Empleados Públicos*, 2.ª edición (Revisada y actualizada). Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2018/b). *Problemas y soluciones al empleo público actual (Una Valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP)*. Cemci.
- Fondevila Antolín, J. (2019/a). Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, n.º 14 (especial)* (pp. 98-112). IVAP.

- Fondevila Antolín, J. (2019/b). La utilización de medios electrónicos en los procesos selectivos. *Revista El Consultor de los Ayuntamientos, Monográfico: La necesaria innovación en el empleo público local: problemas y alternativas*. Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2020). *La gestión de los procedimientos selectivos en un entorno digital*. Cemci.
- Fuentetaja Pastor, J.A. (2020). Marco constitucional de la Administración Local. En Lora-Tamayo Vallvé (dir.), *Manual de Derecho Local*, 4.ª edición. Iustel.
- Gamero Casado, E. (2010). Comunicaciones y notificaciones electrónicas. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 22. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Gamero Casado, E. (2016). Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica. *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 175.
- Gobierno de España, Agenda 2030. Plan Nacional de competencias digitales. https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf
- Gobierno de España, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Agenda 2030. España digital 2025. https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/prensa/ficheros/noticias/2018/Agenda_Digital_2025.pdf
- González Beilfuss, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi.
- Martín Delgado, I. (2009). La gestión electrónica del procedimiento administrativo. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 21. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Martín Delgado, I. (2017). Una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la administración pública. En Martín Delgado (dir.), *La Reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Inap.
- Martín Delgado, I. (2018). Algunos aspectos problemáticos de la nueva regulación del uso de los medios electrónicos por las administraciones públicas. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.
- Martínez Gutiérrez, R. (2009). *Administración Pública Electrónica*. Civitas-Thomson Reuters.
- Martínez Gutiérrez, R. (2016). *El Régimen Jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Civitas-Thomson Reuters.
- Martínez Vila, I. (2013). La Administración electrónica en su fase avanzada. En V. Almonacid Lamelas (coord.), *Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento* (pp. 144-164). La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos.
- Rego Blanco, M.ª D. (2009). Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas. En Gamero Casado y Valero Torrijos (coord.), *La Ley de Administración Electrónica (Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*. Aranzadi.
- Uríos Aparisi, X. (2017). Consideraciones Generales sobre la reforma de la administración electrónica. En Martín Delgado (dir.), *La Reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*. Inap.
- Villafañez Gallego, R. (2016). Los medios electrónicos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. El Derecho.com. <https://elderecho.com/los-medios-electronicos-en-la-ley-392015-de-1-de-octubre-del-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones-publicas>

Notas

- Como ejemplo, nos remitimos a la propia página web de la AGE:

<https://ssweb.seap.minhap.es/icplusplus/citar?org=OIACR>, a título de ejemplo y como consecuencia de ello, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria, tuvo que incrementar durante todo el año 2020 sus servicios de registro presencial, dado que este se encuentra interconectado con el SIR, y de esta forma atender a todos los ciudadanos de Cantabria en sus relaciones con la AGE, ante el cierre de «facto» del registro de esa administración.
- En el momento de elaboración de este trabajo, tras varias demoras ya ha desplegado su eficacia completa las previsiones de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, además, nos encontramos con el recién aprobado 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.
- Artículo 14. Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.**
1. Las personas físicas 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.
2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

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.

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.

- 4 A este respecto nos remitimos a lo expuesto por (Martínez Gutiérrez 2009), que entiende que la Ley 11/2007 (LAE), establecía el Derecho de los ciudadanos a elegir la forma de relacionarse con la administración, presencial o electrónica, y para poder excepcionar ese derecho resultaba preciso aprobar un instrumento normativo de carácter reglamentario y se acreditara en la norma que esos colectivos o personas jurídicas contaban con los medios tecnológicos precisos conforme su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, en el mismo sentido (Martín Delgado 2009), que añade que la obligación quedaba residenciada exclusivamente a las comunicaciones, y finalmente coincidiendo con estos autores (Rego Blanco 2009). Por otro lado, y con carácter general resulta recomendable sobre esta cuestión la consulta de (Fernández Rodríguez y Sanjurjo Rivo 2010, Bocanegra Requena 2011 y Martínez Vila 2013).
- 5 Sobre esta cuestión nos remitimos al trabajo de (Martín Delgado 2009), que destaca que la obligación queda residenciada exclusivamente a las comunicaciones y en el mismo sentido se manifiesta (Gamero Casado 2010).
- 6 «Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de presentar determinados documentos por medios electrónicos para ciertos procedimientos y 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.»

- 7 1. Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía.

[.....]

Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones 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.

[.....]

3. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración.

- 8 Nos encontramos con un panorama jurisdiccional muy limitado, y que se ha caracterizado por la falta de profundidad jurídica en la fundamentación de las sentencias, resultando recomendable a este respecto la consulta del trabajo de Cotino Hueso (2017), pues bien, es preciso señalar que como excepción nos encontramos con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 29 de enero de 2010, que anuló un reglamento que imponía la obligación de relación con la administración a empresas de la construcción, entendiéndose que esta imposición debía ser «interpretada restrictivamente», y aprecia que no se acredita de forma suficiente el cumplimiento de los requisitos para imponer esta clase de relación.

Dicho lo anterior, por el contrario, otra serie de pronunciamientos jurisdiccionales se caracterizan esencialmente por la ausencia de fundamentación jurídica y fáctica a este respecto. Entre este grupo de resoluciones podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 2.ª, Rec. n.º 7/2011, de fecha 22 de febrero de 2012, que, con relación a un recurso interpuesto por la Asociación Española de Asesores Fiscales y Gestores Tributarios, esta limita su argumentación a un lacónico «la naturaleza de las cosas» supone que debe entenderse que se cumplen los requisitos para imponer la obligación. Esta misma actitud se ha mantenido en sentencias posteriores, en concreto, la sentencia de 11 de julio de 2016, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 3.ª, rec. n.º 1700/2016, cuyo único argumento es: «no puede prosperar», y, por otro lado, la sentencia de 15 de julio de 2016, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 3.ª, rec. n.º 1787/2016, donde solo afirma que: «tiene cobertura en el artículo 27.6 de la LAE».

Para mayor inseguridad jurídica, nos encontramos con la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso, Sección 7.ª, de 16 de febrero de 2015, en un recurso del Consejo General de la Abogacía Española, en la cual establece que la carga de la prueba sobre las dificultades o imposibilidad en el uso de medios electrónicos, recae en los afectados y no en la administración que establece la obligación, sinceramente un sinsentido absoluto y además una manifiesta indefensión.

Por último, tenemos otras tres sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 3.ª, de 16 de marzo de 2017 (Rec. n.º 674/2014), la de 13 de febrero de 2017 (Rec. n.º 680/2014) y la de 5 de marzo de 2018 (Rec. n.º 674/2015), que a pesar de su fecha se refieren también a la aplicación del artículo 27.6 de la LAE, y que al menos justifican y amparan su decisión, con un razonamiento fáctico razonable, en concreto, se refiere a la naturaleza de la actividad desarrollada por las empresas de producción de energía renovable, en este caso estiman que por la naturaleza y organización de su actividad resulta razonable entender que las mismas cuentan con capacidad suficiente para el uso de medios electrónicos.

- 9 A este respecto en Gamero Casado expone: «Parece que, en este ámbito, debe descenderse al caso concreto para enjuiciar la concurrencia del presupuesto de hecho, operación que debe articularse necesariamente mediante un juicio de proporcionalidad, como anticipara oportunamente Cotino. Con arreglo a las SSTC 207/1996 y concordantes, el «juicio de proporcionalidad» ha de superar tres condiciones: 1) juicio de idoneidad: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto; 2) juicio de necesidad: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; y 3) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Este último componente lleva, además, a la necesidad de ponderar la proporcionalidad de la medida con otros principios en escena, como es el de eficacia de la Administración (artículo 103 CE), en la medida en que la imposición del canal electrónico viene respaldada, en la mayoría de los casos, por la implantación de herramientas más eficaces de gestión administrativa. Todo ello hace difuso el escenario e impide aventurar soluciones apriorísticas, si bien, como advierte el propio Cotino, cabe intuir que la imposición obligatoria del canal electrónico será más fácilmente defendible en colectivos reducidos de ciudadanos, cuyo manejo de las Tics sea obvio (por ejemplo, incentivos a la investigación, becas de estudios universitarios...), en tanto que se encontrará menos justificada la imposición del canal electrónico a medida que ampliamos el universo de sujetos pasivos, y sobre todo, si pretendemos aplicarlo a relaciones de sujeción general». Asimismo, Boix Palop, coincide con los criterios de Gamero y Martín Delgado, sobre la necesaria

e importante aportación del «juicio de proporcionalidad» a los criterios justificativos para la imposición de la obligación, de forma que deben modularse estas excepciones buscando un equilibrio entre las cargas que pueden suponer a los ciudadanos y los beneficios que pueden suponer para la eficacia y simplicidad de la gestión administrativa, si bien, crítica el leve control jurídico y escasas garantías legales en la implementación de las mismas, de forma que esta clase de medidas podrían originar una ampliación de la brecha digital.

- 10 STS 18 de febrero de 1992, FJ 4.º que señala: «Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen» las normas —art. 1.º 4 del Título Preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no solo a la Ley sino también al Derecho—art. 103.1 de la Constitución—. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.

Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad —SS 6-12-1986, 7 febrero y 29 diciembre 1 987, 30 abril y 22 julio 1988, 8 julio y 16 octubre 1989, 18 abril 1990, 4 abril y 3 diciembre 1991, etc. que deriva claramente del art. 106.1 de la Constitución, que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los arts. 84,2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985 y 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos: A) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. B) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado»

- 11 Puede resultar ilustrativo el dato del INE (2020), que señala que en el tramo de ingresos más bajos (900 euros mensuales netos o menos), los hogares con niños que carecen de acceso a Internet supone una cifra de casi 100.000 hogares. En muchos casos, la clave familiar es que lo primero es comer y después otros servicios, y precisamente los titulares de esos hogares son el nicho de ciudadanos que sin cualificación especial intentarán buscar acceso al empleo público temporal o estable.

- 12 A este respecto resulta sumamente ilustrativo el artículo publicado en el Diario EL PAÍS, <https://elpais.com/internacional/2020-06-18/la-otra-brecha-que-des-tapo-la-pandemia.html>
- 13 Resulta de interés el informe de la Comisión Europea que publicó el Índice de la Economía y la Sociedad Digital correspondiente a 2020, donde con relación a la carencia de competencias digitales y el uso de Internet por los ciudadanos entre 16 y 74 años en España, se sitúa en el 53% de su población.
- 14 Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/ca-es/ministerio/estrategias/Pagines/00_Espana_Digital_2025.aspx
- 15 Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf
- 16 De todas formas, no podemos evitar hacer una referencia a la doctrina judicial sobre la afectación de la motivación por medio de la correspondiente memoria justificativa de la norma, en el sentido de que una infracción legal en su contenido puede afectar también a la legalidad de la norma aprobada, aunque originada en el ámbito urbanístico probablemente sus consideraciones podrían extenderse también a otros ámbitos como es el caso, para mayor detalle al respecto nos remitimos al trabajo de (Delgado Barrio 2016).