



INFORME DE LA ASESORÍA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE CULTURA Y POLÍTICA LINGÜÍSTICA EN RELACIÓN AL ANTEPROYECTO DE LEY DE GESTIÓN DOCUMENTAL INTEGRAL Y ARCHIVOS DE EUSKADI

El presente informe se emite en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 7.3 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4. a) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en los artículos 10 y 42.1 a) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y en el artículo 8.3 g) del Decreto 82/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Cultura y Política Lingüística. El mismo tiene por objeto analizar el fundamento objetivo del Anteproyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Archivos de Euskadi, la adecuación de su contenido a la Ley y al Derecho, y la observancia de las directrices de técnica normativa vigentes en esta Administración. En concreto, se informa el borrador del Anteproyecto remitido el 5 de julio de 2018.

1.- ANTECEDENTES

Por Orden de 25 de mayo de 2018, de los Consejeros de Gobernanza Pública y Autogobierno y de Cultura y Política Lingüística, se procedió a la iniciación del procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Archivos de Euskadi.

Posteriormente, y una vez elaborado por los servicios técnicos del Departamento de Cultura y Política Lingüística el texto del Anteproyecto, se procedió a su aprobación mediante Orden de 16 de julio de 2018, de los consejeros de Gobernanza Pública y Autogobierno y de Cultura y Política Lingüística.

Junto con las anteriores, se han remitido a esta Asesoría Jurídica para su análisis los siguientes documentos: borrador del Anteproyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Archivos de Euskadi y memoria justificativa.

Con carácter previo, podemos anticipar que la iniciativa legal que se pretende no conlleva, en sí misma, una regulación ex novo de la materia que aborda, en cuanto que el patrimonio documental y los archivos son disciplinas incardinadas en la todavía vigente Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco y sus reglamentos de desarrollo: Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueban el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco; Decreto 174/2003, de 22 de julio, de organización y funcionamiento del Sistema de Archivo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi; Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, del reglamento

del sistema de archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi; Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, sobre el procedimiento para la identificación y valoración documental, y el funcionamiento de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la documentación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi (COVASAD).

Asimismo, y en lo que a la gestión de documentos electrónicos se refiere, la misma también es objeto de regulación en el Decreto 21/2012, de 21 de febrero, de Administración Electrónica, y su Orden de desarrollo de 27 de septiembre de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia y del Consejero de Haciendas y Finanzas, por la que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Finalmente, cabe recordar que han sido varias las ocasiones en las que se han propuesto iniciativas equivalentes a la que ahora se estudia, las cuales finalmente no prosperaron. En concreto, en 2008 se propuso el Anteproyecto de Ley de Archivos, Documentos y Patrimonio Documental; en 2014, el Anteproyecto de Ley de Patrimonio Documental y Sistema de Archivos de Euskadi.

2.- MARCO NORMATIVO Y COMPETENCIAL

El Anteproyecto sometido a examen aborda con carácter general: la gestión, el tratamiento y la organización de los documentos y archivos públicos y privados; el Patrimonio Documental de Euskadi; el acceso de la ciudadanía tanto a los unos como al otro; la configuración del Sistema de Archivos de Euskadi, entre los que se incluye la creación del Archivo Histórico de Euskadi; y el régimen sancionador.

El primer y esencial presupuesto para predicar la validez de la disposición proyectada consiste en verificar si la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia en materia de gestión de documentos y archivos y de patrimonio documental, ya que de no existir ésta el proyecto adolecería del consiguiente reproche de inconstitucionalidad. Para dicho enjuiciamiento y dentro del denominado “bloque de constitucionalidad”, se habrá de acudir primera y necesariamente a analizar la Constitución, y principalmente, el Estatuto de Autonomía de la CAPV (LO 3/1979, de 18 de diciembre) –en adelante EAPV- en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma.

Además, y una vez acreditada la plena competencia autonómica respecto de la estatal para abordar el presente proyecto legislativo, habrá de valorarse igualmente su procedencia y oportunidad desde la perspectiva de la especial vertebración política de nuestra Comunidad. En efecto, habrá de constatarse que el mismo tiene encaje en nuestro ámbito territorial conforme a la distribución competencial operada tanto por el EAPV como por la Ley de Territorios Históricos (Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos) – en adelante LTH-. Del mismo modo, habrá de examinarse la incidencia del Anteproyecto en el ámbito local, desde un punto de vista tanto normativo como competencial.

En relación con el Estado:

El Anteproyecto tiene como propósito el establecimiento de una serie de reglas comunes que conduzcan a la gestión integral de los documentos, esto es, desde su creación hasta su destrucción o conservación como patrimonio documental, basando la competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi para dictar la presente norma en los apartados 2, 19 y 20 del artículo 10 del EAPV.

En efecto, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, son los apartados 19 y 20 del artículo 10 del EAPV los que atribuyen a aquella competencias en materia de archivos y patrimonio cultural. Por su parte, y en lo que al ámbito del Estado se refiere, es el artículo 149.1.28 de la Constitución Española el que atribuye a éste la competencia exclusiva en materia de *defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación*, así como en materia de *museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas*.

Además, y dado que el patrimonio cultural se inserta en el concepto cultura –STC 17/1991–, también han de tenerse presente las competencias atribuidas tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas en dicha materia. Así, el artículo 10.17 EAPV atribuye competencia en exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de cultura, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución, el cual establece que “*el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas*”. Todo ello sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas.

Se trata pues de una disciplina singular sobre la que la Constitución, reconociendo el valor esencial de la Cultura como elemento determinante en el desarrollo de las personas y de los pueblos, ha optado por una distribución concurrente de aquellas, y así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias (SSTC 17/1991 y 71/1997):

(STC 17/1991-FJ3) “*Debe, pues, afirmarse la existencia de una **competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura** con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado «en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que **precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias.**”*

No obstante, esa misma sentencia matiza:

“*No cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella **incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural**, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del espectro de la misma. Existe en la materia que nos ocupa un título de atribución al Estado definido en el art. 149.1.28 CE al que se contraponen el que atribuye competencias a las Comunidades fundado en los Estatutos de*



Autonomía. De ahí que la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental haya de partir de aquel título estatal pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. (...)”.

Así las cosas, el artículo 10.19 EAPV determina como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma el “*Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico*” dentro del cual, y tal como viene entendiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, se incluye el patrimonio documental. En efecto, la competencia exclusiva en materia de patrimonio documental no aparece expresamente enumerada como tal; sin embargo, aquella puede entenderse comprendida dentro de la competencia autonómica sobre patrimonio monumental, histórico y arqueológico que, como ya se ha señalado, sí está expresamente recogida en el Estatuto. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 103/1988, de 8 de junio, al indicar que bajo dicho título competencial ha de entenderse comprendida la competencia autonómica para definir el patrimonio documental de la Comunidad Autónoma, “*en cuanto parte integrante de su patrimonio histórico, así como para determinar los documentos radicados en su territorio que constituyen ese patrimonio*”.

Por su parte, y en lo que a materia de archivos se refiere, el apartado 20 del artículo 10 EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva respecto de los “*archivos, bibliotecas y museos, que no sean de titularidad estatal*”, siendo también significativa en esta materia la citada STC 103/1988, pues en ella el Alto Tribunal viene a delimitar la competencia autonómica (en este caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía) del siguiente modo:

Por un lado señala que la competencia autonómica se haya sujeta a la limitación derivada del artículo 149.1.28ª de la Constitución, el cual reserva al Estado la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación: “*tales archivos, en la medida en que reúnen conjuntos orgánicos de documentos, son también bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural español, quedando, por tanto, específicamente sometidos a la señalada limitación*” (FJ4). Por otro, que “*el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio de interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad*” (FJ5). Dicho de otro modo: en ningún caso, queda reservada al Estado la competencia sobre archivos que no sean de su titularidad y se integren en entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad.

Igualmente, y con el fin último de proteger tanto el Patrimonio Documental de Euskadi como el derecho de acceso de la ciudadanía al mismo y a los documentos y archivos públicos, el Anteproyecto establece una serie de reglas comunes a aplicar en la gestión de éstos. Ello tiene su encuadre en la competencia exclusiva atribuida a la Comunidad Autónoma del País Vasco en el apartado 6 del artículo 10 del EAPV “*Normas procesales y de procedimientos administrativos y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco*”, en relación con el artículo 149.1.18 CE, el cual atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo común, “*sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*”. Por tanto, y como consecuencia de la

referida competencia estatal para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, la regulación que contiene el Anteproyecto deberá en todo caso respetar el marco general y básico establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP); en lo que al derecho de acceso se refiere, también habrá de respetarse lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dictada igualmente al amparo del citado artículo 149.1.18.^a de la Constitución, así como de los artículos 149.1.1.^a y 149.1.13.^a del mismo cuerpo legal.

Asimismo, el Anteproyecto diseña el Sistema de Archivos de Euskadi como un espacio común de cooperación y coordinación archivística entre los diferentes archivos de Euskadi, creando al efecto los siguientes órganos: el órgano gestor del Sistema de Archivos de Euskadi; el Consejo de Archivos de Euskadi, como órgano de colaboración y asesoramiento; la Comisión de Evaluación, Selección y Acceso Documental, como órgano especializado cuyo cometido es evaluar las tipologías y series documentales. Igualmente, configura el Sistema de Archivos del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dentro del cual se crea el Archivo Histórico de Euskadi como órgano gestor de los fondos documentales de conservación permanente. Tal regulación es abordada por el Anteproyecto en virtud de las competencias que con carácter exclusivo ostenta la Comunidad Autónoma en materia de: *“Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”*, prevista en el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía; *“bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponda a la Comunidad autónoma, así como las servidumbres públicas en materias de sus competencia”* recogida en el artículo 10.7; *“patrimonio histórico, artístico monumental, arqueológico y científico asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y expoliación”* recogida en el artículo 10.19 y *“Archivos, Bibliotecas y Museos que no sean de titularidad estatal”* prevista en el artículo 10.20 del mencionado Estatuto de Autonomía. No obstante, el ejercicio de las mismas habrá de ser desarrollado conforme a la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo establecida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Finalmente, el Anteproyecto establece el régimen sancionador: infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley que se propone. El régimen sancionador y el procedimiento administrativo son elementos instrumentales en la configuración jurídica de una materia, y, por ende, la competencia sobre los mismos deriva de la competencia que se tenga sobre la materia de que se trate, ello con el límite que marcan las competencias del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo común.

En conclusión, y teniendo en cuenta los dos principales pilares sobre los que se construye la norma tramitada (protección del patrimonio cultural y acceso al mismo así como a los documentos y archivos públicos por parte de la ciudadanía), en una primera aproximación al fundamento constitucional del Anteproyecto, cabe señalar que éste tiene su engarce en la obligación de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho (artículo 44 CE), así como en la obligación de los poderes públicos de conservar el patrimonio cultural (artículo 46 CE). Asimismo, la materia objeto de

regulación guarda estrecha relación con el principio de eficacia de las Administraciones Públicas (103.1 CE) y con el derecho de acceso de las personas a los archivos y registros administrativos (artículo 105.b CE).

En relación con los Territorios Históricos:

El artículo 7.a).12 LTH atribuye a los órganos forales de los Territorios Históricos competencias en exclusiva en materia de *Archivos, Bibliotecas, Museos e Instituciones relacionadas con las Bellas Artes y Artesanía, de titularidad del Territorio Histórico*, correspondiéndoles, en consecuencia, las siguiente potestades sobre la misma: normativa, reglamentaria, administrativa (incluida la inspección) y la revisora en vía administrativa (art.8 LTH).

Por su parte, y de acuerdo con el apartado b).5 del mismo artículo 7, corresponde a los Territorios Históricos el desarrollo y ejecución de las normas dictadas por las Instituciones Comunes en materia de *conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico, ostentando sobre las mismas potestades de desarrollo normativo, reglamentaria, administrativa (incluida la inspección) y de revisión en vía administrativa* (artículo 9 LTH).

Así, y de conformidad con lo expuesto anteriormente en relación al patrimonio documental, los archivos, *“en la medida en que reúnen conjuntos orgánicos de documentos, son también bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural...”* (FJ 4 STC 103/1988, de 8 de junio), y por tanto, pueden quedar sometidos a la protección que les otorgue la Comunidad Autónoma; protección derivada de la potestad conferida en la cláusula residual del artículo 6.1 de la LTH¹, en aplicación de la cual las funciones de defensa y protección del patrimonio habrían de entenderse atribuidas a la competencia de las Instituciones Comunes. Es decir, en tanto que los archivos constituyen parte integrante del patrimonio histórico, la Comunidad Autónoma tendrá atribuidas funciones de defensa y protección de los mismos, dada la competencia que tiene atribuida en la materia por el ya mencionado artículo 10.19 EAPV, siempre y cuando no se menoscabe la competencia de los Territorios Históricos en materia de archivos de su titularidad; o lo que es lo mismo: siempre y cuando no se vean afectadas las facultades de ordenación, organización y gestión de los Territorios Históricos respecto de dichos archivos, derivadas de la competencia exclusiva reconocida a aquellos en los artículos 7.a).12 y 7.a).7 de la LTH.

En este sentido, nuevamente cabe traer a colación la STC 103/1988, de 8 de junio, que valoró como dos intervenciones legislativas diferentes la calificación de documentos y la ordenación de archivos; valoración a la cual remitió el Alto Tribunal en su STC 14/2013 de 31 de enero de 2013, en la que incidía en la necesidad de tener que distinguir la competencia para definir e integrar los elementos que componen el patrimonio documental y la competencia sobre los archivos que contienen dichos documentos: ***“Por lo que se refiere a la primera, las competencias autonómicas sobre patrimonio***

¹ **Art. 6.1 de la LTH:** “Es de la competencia de las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma la legislación y la ejecución en todas aquellas materias que, correspondiendo a la Comunidad Autónoma según el Estatuto de Autonomía, no se reconozcan o atribuyan en dicho Estatuto, la presente Ley u otras posteriores, a los Organos Forales de los Territorios Históricos.”



histórico incluyen la capacidad para definir los elementos integrantes del mismo, y ello aun en el caso de que los documentos de interés para la Comunidad Autónoma se integren en archivos de titularidad estatal, siendo la Comunidad Autónoma la que puede establecer la definición y los elementos integrantes de su patrimonio documental con independencia de la titularidad de los documentos y del archivo en que se hallen ubicados. Por el contrario, si la legislación autonómica contuviera referencias a los archivos de titularidad estatal, en el sentido de llevar a cabo regulaciones reservadas a la competencia legislativa del Estado, se rebasarían los límites competenciales que derivan del art. 149.1.28 CE y, eventualmente, del Estatuto de Autonomía; mientras que si las disposiciones de la ley se refieren o pueden entenderse referidas únicamente a los archivos de competencia de la Comunidad Autónoma, no se habría traspasado, evidentemente, ese límite competencial (Fundamento Jurídico 4).

Y a continuación añadía que *“tal doctrina se asienta en la concurrencia de dos significados en la noción constitucional de «archivo»: de un lado, el referido a los fondos documentales, como conjuntos orgánicos de documentos; y, de otro, el que atañe a las entidades o instituciones responsables de la custodia, conservación y tratamiento de tales fondos. Esta distinción, que está plenamente asentada en la legislación, tanto estatal como autonómica [así, por lo que al presente caso afecta, art. 2.1 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre; y art. 2 d) de la Ley catalana 10/2001, de 13 de julio], permite que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias sobre patrimonio cultural [así, el art. 127.1 c) del Estatuto catalán], puedan otorgar una determinada calificación a fondos documentales de su interés integrados en archivos de titularidad estatal, a los efectos de su protección, pero sin que esa calificación confiera a la Comunidad Autónoma facultades de disposición u ordenación sobre los fondos documentales ni sobre los archivos en que se ubican”.*

Por tanto, si se atiende en exclusiva a la titularidad del archivo, los órganos forales son los únicos competentes en cuanto a los archivos de su titularidad, al amparo del artículo 7 LTH. Por el contrario, si se atiende a la materia patrimonio documental, el Anteproyecto puede abarcar también la regulación de los fondos y documentos de los archivos forales, en su condición de integrantes del citado patrimonio, sin olvidar que ostentan competencias de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 7.b).5 LTH.

Ahora bien, cabe recordar que las competencias atribuidas en exclusiva a los Territorios Históricos y recogidas en el apartado “a” del artículo 7 de la Ley de Territorios Históricos, lo son por la específica voluntad del Parlamento Vasco al promulgar aquella, y no por mandato del artículo 37 EAPV, quedando, en lógica consecuencia, a merced de aquel, en cuanto órgano investido de plena y absoluta legitimidad para modificar, en cualquier momento, la titularidad o el actual régimen de disfrute de las mismas.

En cualquier caso, el Anteproyecto de Ley que se analiza opta por no modificar el actual régimen competencial de la Ley de Territorios Históricos –así se refleja en la Memoria aportada-, de la cual bien puede predicarse un carácter institucional, por cuanto, sin perjuicio de que formalmente se trate de una Ley ordinaria, tanto la práctica como el propio texto de la LTH llevan a integrar esta Ley dentro del marco troncal del reparto competencial entre las Instituciones Comunes y las Instituciones Forales. Además, y para que así fuera, tal alteración competencial habría de realizarse conforme los requisitos

exigidos por la doctrina de la Comisión Arbitral (decisiones 5/2003, de 3 de noviembre y 172005, de 8 de febrero):

“La alteración del esquema de distribución competencial de la LTH, de su contenido material, requiere desde un punto de vista formal una norma con rango de ley dictada por el Parlamento Vasco, que articule de forma directa, expresa y fundada dicha modificación, ya que de lo contrario, la propia LTH se vería desprovista de su propia función de encaje competencial básico en la Comunidad Autónoma del País vasco. La técnica legislativa para hacerlo factible puede ser variable, desde una disposición general de reforma global de la LTH, título habilitante de una posterior regulación concreta diversa de la hasta entonces existente o una ley singular o sectorial que expresamente delimite la nueva distribución competencial que se propone realizar junto con la modificación del esquema de reparto competencial de la LTH. Solo así se podrán conjugar la seguridad jurídica y el respeto del actual reparto competencial, contenido fundamental de la LTH, con las exigencias de su cambio y adaptación a lo largo del tiempo y la no existencia de mecanismos especiales, desde un punto de vista formal y jerarquía normativa, para su modificación.”

En otro orden de cosas, y en lo que a la gestión de documentos y archivos, entendidos como fondo documental, se refiere, el establecimiento de una serie de normas comunes a aplicar en la gestión de documentos y archivos resulta acertado desde el momento en el que, tal como se indica en la Exposición de Motivos, y dada la visión archivística integral desde la que se plantea el Anteproyecto de Ley, la gestión de aquellos conecta, no sólo con el patrimonio documental, sino también con el régimen de derechos y garantías de las personas ante la actividad de la Administración. En efecto, regular la gestión documental en aras a definir y proteger el Patrimonio Documental de Euskadi, así como a garantizar el acceso de la ciudadanía al mismo y a los documentos y archivos administrativos, tiene su fundamento en la competencia atribuida en exclusiva a las Instituciones Comunes ex artículo 10.6 EAPV en relación con el artículo 149.1.18 CE, tal como se ha explicado en el apartado anterior. Eso sí, la misma habrá de ejercerse con total respeto, en su caso, a la competencia en exclusiva atribuida a los Territorios Históricos en cuanto a la ordenación, organización y gestión de los Archivos de su titularidad, así como en relación a la organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones (artículos 37 EAPV y 7.1 LTH).

Procede concluir este apartado del informe haciendo referencia a la normativa en materia de documentos y archivos dictada hasta el momento por la Comunidad Autónoma. Así, en primer lugar debe citarse la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco (en lo sucesivo LPCV), cuya derogación se propone por el Anteproyecto que ahora se tramita.

De rango jerárquico inferior procede también significar la siguiente regulación, cuya vigencia se mantendría hasta la entrada en vigor de las nuevas normas que las sustituyeran, y en tanto no contravengan lo señalado en el Anteproyecto:

- Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de los Servicios de Archivo y normas reguladoras del

Patrimonio Documental del País Vasco (BOPV 235/2000, de 11 de diciembre).

- Decreto 174/2003, de 22 de julio, de organización y funcionamiento del Sistema de Archivo de la Administración Pública de la CAE (BOPV 163/2003, de 22 de agosto).
- Decreto 21/2012, de 21 de febrero, de Administración Electrónica (BOPV nº 192, de 10 de octubre de 2016).
- Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, del reglamento del sistema de archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -COVASAD- (BOPV 34/2006, de 17 de febrero, y BOPV 45/2006, de 6 de marzo, corrección de errores).
- Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, sobre el procedimiento para la identificación y valoración documental, y el funcionamiento de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la documentación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi -COVASAD- (BOPV nº 34, de 17 de febrero de 2006).
- Orden de 27 de septiembre de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia y del Consejero de Haciendas y Finanzas, por la que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dictada en desarrollo del Decreto 21/2012, de 21 de febrero.

En relación con las entidades locales

Para completar este esquema se impone referenciar la incidencia del Anteproyecto en el ámbito local desde un punto de vista normativo y competencial. En primer término, hay que señalar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL), no contempla explícitamente al archivo municipal como un servicio mínimo, si bien en su artículo 70.3 sí prevé su existencia como una obligación implícita para los Ayuntamientos en la medida que contempla y define como un derecho de todos los ciudadanos la consulta de archivos y registros públicos y la obtención de copias y certificaciones. Este derecho de los ciudadanos, así como la regulación de acceso a los archivos administrativos, la encontramos en la LPACAP (artículo 13.d) y en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por su parte, el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, presupone indirectamente la existencia de un servicio de archivo en la medida que, en su artículo 148, obliga a los Ayuntamientos a responsabilizarse de la custodia, ordenación, clasificación y catalogación de los documentos y expedientes y de remitir

anualmente al Instituto de Estudios de Administración Local una relación especificada de documentos y ordenanzas antiguas y modernas.

Junto a ello hay que considerar lo dispuesto en el artículo 179 de dicho Reglamento en cuanto que al establecer que “*Los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo y tendrán índice alfabético duplicado en el que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes*”, está en cierta manera garantizando que “*los expedientes van a contar con un lugar físico en el que ubicarlos y que van a estar organizados, contando con un instrumento de control y de localización, esto es, el índice alfabético. Implícitamente, supone una garantía para la conservación de los documentos y para la futura consulta de los usuarios*” (M^a Sandra García - Anales de documentación nº 8/2005).

Al hilo de lo anterior, y a nivel estatal, la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, en su artículo 7, implica a los Ayuntamientos en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal y en la adopción de las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción.

En otro orden de cosas, el artículo 25.2 de la LBRL establece que el Municipio ejercerá sus competencias, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Así, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, rige la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante LILE), la cual establece en su artículo 17 que:

“En el marco de lo dispuesto en la presente ley y en la legislación que sea de aplicación, los municipios podrán ejercer competencias propias en los siguientes ámbitos materiales:

(...)

20) *Ordenación y promoción de la cultura y de actividades culturales y gestión de equipamientos culturales de uso público.*

21) *Protección, gestión y conservación del patrimonio histórico municipal y elaboración y aprobación de planes especiales de protección y catálogos.*

30) *Ordenación y gestión de estructuras de participación ciudadana, transparencia, buen gobierno y acceso a las nuevas tecnologías. Administración electrónica, racionalización y simplificación de procedimientos. En particular, la promoción en el término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.*

Tales competencias propias se atribuyen a los municipios, en todo caso, mediante ley del Parlamento Vasco o norma foral (art. 18.1 LILE), en función de quien tenga la competencia para regular la materia concreta sobre la que se atribuye la competencia, esto es, el Parlamento vasco o Territorio Histórico correspondiente. En la materia que nos ocupa, será la nueva Ley de Patrimonio Cultural -actualmente en trámite parlamentario- la que, en su caso, lo haga. En concreto, su artículo 3, en los apartados 4 y 8 dispone:



“4.- Los Ayuntamientos colaborarán activamente en la protección y conservación de los bienes culturales que radiquen en su término municipal, en especial a través de la ordenación urbanística. Así mismo darán a conocer el valor cultural de los mismos.

8.- Corresponde a los ayuntamientos en su ámbito municipal: a) Redactar y gestionar los Catálogos Urbanísticos de Protección. b) Autorizar las intervenciones sobre Conjuntos Monumentales en los casos que así se prevea en la presente Ley. c) Adoptar las medidas necesarias para evitar daños, en caso de ruina inminente de los bienes culturales localizados en su término municipal, de conformidad con lo establecido en la presente Ley. d) Fomentar y divulgar el patrimonio cultural localizado en su término municipal. e) Las demás competencias reconocidas expresamente en esta Ley.”

De igual forma, el artículo 43 de la LILE garantiza el derecho de los vecinos y vecinas de los municipios a la “cultura y el acceso a los bienes del patrimonio cultural”, y el artículo 47 del mismo cuerpo legal el derecho de acceso a la información pública, definiendo ésta como aquella información que con independencia de su soporte y forma de expresión es “elaborada o adquirida por las entidades locales en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder”.

Por tanto, resulta incuestionable que las Administraciones Locales en su actuación y en el ejercicio de sus funciones, por una parte, generan y son receptoras de documentos que como tales integran el Patrimonio Documental de Euskadi, cuya protección y difusión han necesariamente de promover y, por otra, han de gestionar racionalmente sus propios archivos dando satisfacción a los derechos de acceso que respecto a los mismos ostentan los ciudadanos como garantía de transparencia en la gestión y reconocimiento del derecho de todos al acceso a la cultura.

El borrador del Anteproyecto de Ley analizado, a criterio de esta Asesoría Jurídica, y sin perjuicio de las observaciones realizadas a lo largo del informe, resulta respetuoso con la autonomía local consagrada constitucionalmente y contemplada en la Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo 15-oct-1985 y ratificada el 20 de enero de 1988), en cuanto que no invade el ámbito competencial propio de los municipios. El Anteproyecto de Ley se limita a determinar la obligatoriedad y funciones básicas de los servicios de archivo locales, en cuanto integrantes del Sistema de Archivos de Euskadi, lo cual no obsta que, en el ejercicio de las competencias atribuidas en exclusiva a la Administración de la Comunidad Autónoma en materia de patrimonio documental, de Archivos -que no sean ni de titularidad estatal ni de los Territorios Históricos, y de procedimiento administrativo, la misma haya de legislar estableciendo un marco general común y, en consecuencia, unos mínimos que avalen para toda la Comunidad Autónoma la conservación, difusión y protección de dicho patrimonio, y en última instancia, los derechos y garantías de la ciudadanía ante la actividad administrativa.

En relación con la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea:

Para finalizar con el ámbito competencial resulta imprescindible hacer una breve referencia a la autonomía universitaria, reconocida en el artículo 27.10 de la Constitución. Igualmente, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, reconoce la autonomía universitaria para elaborar sus propias normas de régimen interno. En la CAPV la autonomía universitaria viene recogida en el artículo 4.2 del Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco, para la gestión de sus finalidades, de sus intereses y de sus servicios en el marco establecido en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la inclusión Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea en el ámbito de aplicación de la presente Ley habrá de realizarse con total respeto a su autonomía universitaria. En este sentido ya se pronunció la COJUA en su dictamen 192/2008:

“Como dice el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario vasco, donde se condensa la doctrina sobre la dimensión de la autonomía de las universidades (artículo 27.10 CE que expresamente la reconduce a los “términos que la ley establezca”), ésta se ejerce en el marco de las leyes y de las normas que las desarrollan, así como de sus estatutos y normas de organización y funcionamiento. Corresponde a la universidad, en el ámbito de las funciones que tiene asignadas, la regulación y desarrollo normativo de las materias que no se encuentren reguladas en las leyes y sus reglamentos de desarrollo, ni atribuidas a otros órganos o instituciones.”

Conclusión:

Habida cuenta de los títulos competenciales anteriormente analizados y, en especial, de la competencia exclusiva en materia de patrimonio histórico (artículo 10.19 EAPV) -dentro del cual se hallaría comprendido el patrimonio documental-, de archivos que no sean de titularidad estatal, ni de los Territorios Históricos (artículo 10.20 EAPV y artículo 7.a.12), así como de procedimientos administrativos derivados de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco (artículo 10.6 EAPV), se ha de concluir, en lógica consecuencia, que la Comunidad Autónoma del País Vasco posee capacidad normativa; es decir, que posee la competencia necesaria para su regulación. Ahora bien, tal competencia habrá de ser respetuosa con la atribuida a los Territorios Históricos en exclusiva por el EAPV en cuanto a la organización y funcionamiento de sus propias instituciones y con la conferida por la LTH en materia de archivos de la titularidad de aquellos; igualmente deberá respetar las competencias propias de los municipios conforme lo estipulado en la LILE, así como su capacidad autoorganizativa fruto de la autonomía local. Cuestiones todas ellas que se abordarán a lo largo del análisis del articulado.

3.- RANGO LEGAL Y DESARROLLO REGLAMENTARIO.

La regulación que se pretende adopta la forma de norma de rango legal. En este sentido, entendemos oportuno realizar un breve recordatorio del significado de dicho rango legal, a los efectos de justificación de la naturaleza otorgada al texto, así como, a los efectos de

abordar a continuación los necesarios desarrollos reglamentarios que conlleva la norma que se propone.

La Ley como expresión soberana del pueblo tiene en principio una vocación reguladora universal. Siempre que el legislador correspondiente tenga constitucionalmente atribuida la competencia de que se trate, puede acometer la regulación de cualquier campo normativo, dado que en nuestro derecho constitucional no existe una reserva de reglamento.

Toda vez que ya ha quedado analizada la competencia exclusiva en materia de normas de procedimiento administrativo, patrimonio documental y archivos que ostenta la Comunidad Autónoma, hemos de concluir en lógica consecuencia la capacidad normativa de la misma en la materia, esto es, la competencia para su regulación.

Además, en esta norma se regula el derecho de acceso de la ciudadanía a los archivos. Este derecho –tal como dispone el artículo 105.b) del texto constitucional²- requiere para su regulación norma con rango legal. Asimismo, y dado que el Anteproyecto incorpora el régimen sancionador aplicable, es imprescindible que esta materia esté regulada por norma de rango legal; ello se desprende del artículo 25.1 del texto constitucional (“*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”), así como de la reiterada doctrina constitucional acerca del alcance de la expresión “legislación vigente” contenida en dicho artículo 25.1 CE, de forma que se considera que dicho término “*es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora*”, (entre otras, STC núm. 26/2005, de 14 de febrero, STC 113/2002, de 9 de mayo, STC 25/2002, de 11 de febrero, STC 60/2000, de 2 de marzo).

En efecto, la Constitución reserva determinadas materias para ser reguladas por la ley: es lo que se denomina reserva de ley. Se trata de una garantía constitucionalmente prevista, destinada a asegurar que determinadas materias de especial importancia, como los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la constitución (artículo 53.1 CE), o el principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) sean directamente reguladas por el titular ordinario de la función legislativa, o, al menos, por normas de igual rango y fuerza que la ley parlamentaria. Dicho de otro modo, si bien puede darse un cierto grado de colaboración entre el reglamento y la ley que previamente regula esas materias reservadas, las mismas no pueden ser reguladas mediante reglamentos autónomos respecto a la ley.

La reserva de ley tiene como finalidad “*asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus*

² Art. 105 CE: “La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.



productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.” Sentencia TC (Pleno) núm. 83/1984 de 24 julio, FJ4. En este mismo sentido: STC (Pleno) núm.235/2000, de 5 de octubre.

Asimismo, hay ciertas materias que quedan reservadas a la ley orgánica, cuya aprobación requiere mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados; entre ellas, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (artículo 81 CE). Sin embargo, no es este el caso, pues si bien la norma objeto de informe regula el derecho de acceso de la ciudadanía a los documentos y al patrimonio documental, éste no se encuadra dentro de los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Preliminar de la CE.

Por tanto, atendiendo a la naturaleza de las materias reguladas en el Anteproyecto, y habida cuenta de las consideraciones anteriores, cabe concluir que el rango normativo elegido es adecuado para la regulación de dichas materias, y que su aprobación supondrá abordar las notas básicas y estructurales de la regulación, sin perjuicio de su posterior desarrollo reglamentario, en todo aquello que sea indispensable, por cada una de las administraciones competentes. En este sentido, se realizarán algunas precisiones en relación a determinadas remisiones reglamentarias contenidas en el articulado del Anteproyecto Ley, especialmente las efectuadas en blanco.

4.- MEMORIA JUSTIFICATIVA

Con carácter previo al examen de la Memoria aportada, cabe recordar el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de Anteproyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones (publicado en el BOPV nº 71, de 19 de abril de 1993 por Orden de 6 de abril de 1993, del Consejero de Presidencia, Régimen Jurídico y Desarrollo Autonómico), el cual, al referirse a la Memoria y antecedentes, indica que *ésta responderá a un amplio análisis de la regulación normativa, teniendo en cuenta la situación o fenómeno al que se debe dar respuesta, las distintas alternativas existentes y las razones que aconsejen optar por la que se propone y la estimación de la incidencia organizativa y/o financiera de la regulación propuesta, especialmente cuando se trate de creación de organismos.*

Por el contrario, en la Memoria remitida tales extremos ni se analizan ni se justifican y en muchos casos las afirmaciones realizadas no tienen reflejo en el Anteproyecto de Ley presentado, por lo que recomendamos una revisión de la misma, teniendo en consideración las cuestiones que a continuación se relacionan:

- En el párrafo séptimo de la Introducción se manifiesta que la Comunidad Autónoma de Euskadi no cuenta con una norma con rango de Ley que regule el ámbito de los documentos y archivos. Sin embargo, y tal como se indica en la propia Memoria, dicha materia se regula en la Ley 7/1990 de 3 de julio de Patrimonio Cultural Vasco, la cual, el propio Anteproyecto de Ley viene a derogar.

Además, califica a aquella como de ley marco; adjetivo que se considera inapropiado pues, por definición, las leyes marco son aquellas dictadas por el Estado con el fin de transferir a las Comunidades Autónomas competencias que son de titularidad exclusiva (art. 151.1 de la Constitución Española).

- En el apartado “*Competencia en materia de gestión documental y patrimonio documental*” habría de argumentarse y justificarse –no sólo citar- cuáles son las competencias en virtud de las cuales se aborda la presente disposición; máxime cuando algunas de ellas son compartidas entre las Instituciones Comunes y los Territorios Históricos, con las entidades locales y con el Estado. En ese aspecto, la Memoria afirma que en el artículo 2 del Anteproyecto de Ley se especifica “*la distribución de las competencias en materia de patrimonio cultural entre el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales y los Ayuntamientos*”. Sin embargo, el citado artículo, titulado “*Ámbito de actuación*”, no recoge tal distribución. En efecto, en la Memoria justificativa nada se indica sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley, ni se compara ni analiza con otras posibles alternativas, la cual debería de completarse en ese sentido.
- En el punto 1 del apartado III -“*Situación de partida y orientaciones básicas*”-se presenta el “Sistema de Archivos de Euskadi” como un órgano de coordinación y de cooperación, cuando en el Anteproyecto de Ley se define como el *espacio común de cooperación y coordinación integrado por los diferentes archivos*, no como un órgano.
- En el mismo apartado, en el punto 7, se señala que se “*articulan políticas de conservación, gestión y difusión del patrimonio documental*”. Sin embargo, las mismas no se reflejan en el Anteproyecto de Ley, ya que, en relación a aquel, únicamente se indican los documentos que lo conforman, el procedimiento de declaración de patrimonio documental, los derechos de tanteo y retracto y la creación del Censo de Servicios de Archivo y Patrimonio documental.
- También en dicho apartado se afirma que la regulación sobre gestión documental ocupa una parte muy importante del Anteproyecto; no obstante ni en la Memoria ni en el Anteproyecto se da una definición de aquella. Tampoco existe capítulo alguno centrado en la gestión documental como tal.
- En lo que a la sección denominada “*Principales alternativas consideradas*” se refiere, se señala que se han tenido como fuente de inspiración “*Cartas y Recomendaciones de la UNESCO así como Directivas Comunitarias*” sin aportar referencia alguna sobre las mismas.
- En dicho apartado también se resalta la eficacia con la que se regula en el Anteproyecto de Ley que se informa el “Régimen sancionador”. En primer lugar, éste se aborda en el Título VI del Anteproyecto de Ley, y no en el Título V como se indica en la Memoria. En segundo lugar, habrá de analizarse y justificarse el régimen sancionador establecido, ya que únicamente se limita a señalar que “*el mismo va a resultar plenamente eficaz al centrarse en cuestiones muy especializadas en el ámbito de la protección del Patrimonio Documental o la gestión del Sistema de Archivo*”.

En concreto, no se entiende qué se quiere expresar al indicar que tiene “*bien presente el régimen penal general*”, ni tampoco cuál es el régimen al que viene a complementar.

- En el mismo apartado, se apunta que son tres las normas que regulan de manera especializada la gestión de archivos y patrimonio documental. Sin embargo, no se traen a colación ni la Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, del reglamento del sistema de archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi; ni la Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, sobre el procedimiento para la identificación y valoración documental, y el funcionamiento de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la documentación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi; ni la Orden de 27 de septiembre de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia y del Consejero de Haciendas y Finanzas, por la que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dictada en desarrollo del Decreto 21/2012, de 21 de febrero, de Administración Electrónica.

Asimismo, habría de argumentarse la incidencia que la Ley que se propone va a tener sobre las mismas en cuanto a la derogación o modificación de las mismas, ya que en la Memoria no se hace mención alguna al respecto.

- De igual modo indica que la estructura administrativa se completa con dos órganos: la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi y el Consejo de Archivos de Euskadi. La norma objeto de estudio también crea el Archivo Histórico de Euskadi, así como el órgano gestor del Sistema de Archivos de Euskadi. Sin embargo, no se realiza mención alguna sobre la posible incidencia organizativa y/o financiera que va a tener la creación de los mismos.
- En el último párrafo del apartado IV, en relación a la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi se hace referencia a “*documentos de titularidad pública*”, así como a “*documentación pública*”. Del mismo modo, en el artículo 17.2 se utilizan ambas expresiones. En este sentido, conviene aclarar que dichas expresiones no significan lo mismo: el primero se refiere a quién es su titular; el segundo, a su naturaleza. En lógica consecuencia, un documento público puede ser de titularidad privada, y viceversa: un documento privado puede ser de titularidad pública. Por tanto, habría de unificarse el término a emplear.

Sin embargo, tal como se pondrá de relieve más adelante, y más allá de un uso inadecuado de tales expresiones, ambos conceptos se vienen entremezclando a lo largo de todo el Anteproyecto, lo cual va a suponer una cuestión de fondo de gran transcendencia a la hora de determinar el ámbito de aplicación material de la Ley. Por ello, y como avance de lo que luego se indicará al respecto, la Dirección promotora habrá de aclarar cuál es el eje sobre el que ha de versar la gestión de los documentos: su naturaleza, su titularidad, o ambas, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada y destacada en apartados anteriores.



- Finalmente, dicho párrafo hace alusión al objeto con el que se crea el “*Censo de Servicios de Archivo y Patrimonio Documental*”; no obstante, el Anteproyecto de Ley se limita a establecer su creación, relegando su regulación al posterior desarrollo reglamentario.
- En cuanto al apartado “Tramitación del Anteproyecto”, no se indica la fecha de la Orden de aprobación previa dictada –16 de julio de 2018-. Asimismo, en el punto d) se afirma que se ha elaborado el informe económico correspondiente. Por el contrario, dicho informe no consta en el expediente.
- No obra en el expediente la memoria económica citada en el primer párrafo del apartado “VI.- Impacto económico y social”.
- En ese mismo apartado se ordenan los sectores sociales implicados por orden de importancia en relación al Anteproyecto de Ley. Por un lado cabe destacar que más que sectores sociales se trata de agentes de diferentes tipos: sociales, políticos, etc.... Por otro, no se detalla cuál es la unidad de medida o referencia de importancia, lo cual da lugar a incoherencias: mientras en ese ranking la ciudadanía se encuentra en última posición, en el párrafo siguiente se asegura que el Anteproyecto de Ley va a tener “*un impacto significativo en mejoras palpables y reales para la ciudadanía*”. No obstante, dicha afirmación ni se acredita, ni se justifica.

5.- CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO DE LEY

El Anteproyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Archivos de Euskadi consta de una exposición de motivos, 60 artículos, dos disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y dos disposiciones finales.

A continuación, procede realizar un análisis sistemático del texto presentado según la ordenación del mismo, centrándose únicamente en los artículos en los que procede realizar algún comentario.

No obstante, con carácter previo a dicho análisis y tal como se ha adelantado al examinar la Memoria, conviene reparar en la constante confusión que se realiza a lo largo de todo el Anteproyecto de Ley entre la naturaleza y la titularidad de los documentos. En efecto, y tal como podrá observarse a lo largo del examen de la Ley, son numerosas las ocasiones en las que se equipara *documento público* con *documento de titularidad pública*. Sin embargo, dichos conceptos tienen un significado muy diferente. Dicho de otro modo, el que un documento sea público no significa que sea de titularidad pública: piénsese, por ejemplo, en una resolución de una entidad pública del siglo pasado cuyo titular sea el titular de un archivo privado; tampoco el hecho de que un documento sea de titularidad pública es sinónimo de que sea un documento público – sirva de ejemplo una carta entre particulares cuyo titular es la administración-. Lo mismo ocurre con los documentos privados y de titularidad privada, conceptos que también se entremezclan a lo largo de la Norma.

Así, y a modo de ejemplo, mientras el artículo 4.1 del Anteproyecto parece dar una definición de “documento público” en términos de naturaleza, el artículo 17, al indicar qué

documentos son susceptibles de formar parte del Patrimonio Documental de Euskadi, se centra en la titularidad de los mismos. Esto es, el artículo 17 deja de lado la definición de documento público dada por la propia Ley; definición, que a criterio de esta Asesoría Jurídica, y con independencia de los términos en los que finalmente se defina, habría de constituirse como la base fundamental sobre la que se habría de erigir el resto de la regulación de la gestión documental pretendida, incluida la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi.

Se trata pues de una cuestión de suma importancia que va más allá de un uso inadecuado de las expresiones “documento público” y “documento de titularidad pública” – o, en su caso, “documento privado” y “documento de titularidad privada”-, la cual requiere ser aclarada desde el inicio. En efecto, la definición de los documentos en términos de naturaleza o de titularidad es crucial para determinar el sentido y alcance de la Ley que se propone, pues el resto de la regulación va a girar a su alrededor.

Por ello, y dado que esta cuestión no queda bien explicada en la Memoria, ni tampoco bien definida en la propia Ley como se tendrá ocasión de ver, la Dirección promotora habrá de hacer un esfuerzo por determinar con claridad si al elaborar la presente Ley se está fijando en la naturaleza de los documentos, en su titularidad, o en ambas.

> PARTE EXPOSITIVA

Se inicia la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley dando unas pinceladas sobre la evolución a lo largo de los años de la función y del tratamiento de los documentos hasta llegar al momento actual, para seguidamente señalar las líneas generales inspiradoras de la regulación, así como las normas en las que se basa para dictar dicha disposición. Del mismo modo, describe la estructura de la que se ha dotado al Anteproyecto de Ley, adelantando, de manera resumida, los aspectos que se regulan en cada uno de los títulos y disposiciones.

No obstante, y más allá de la mera cita de determinados artículos y normas, no existe fundamentación jurídica alguna que justifique su habilitación para regular la materia, y tampoco su incidencia y repercusión en la normativa vigente a día de hoy. Por ello, la Exposición de Motivos resulta insuficiente para dar por cumplido lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de Anteproyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones (publicado en el BOPV nº 71, de 19 de abril de 1993 por Orden de 6 de abril de 1993, del Consejero de Presidencia, Régimen Jurídico y Desarrollo Autonómico), debiendo adecuarse y completarse en el sentido expuesto.

En lo que a la estructura se refiere, la Exposición de Motivos yerra al describir la misma: indica que la Ley consta de una disposición adicional, cuando en realidad el texto normativo cuenta con dos, y no menciona la existencia de la disposición derogatoria prevista en el mismo.

Asimismo, en el párrafo relativo al Título Primero ha de corregirse que el mismo comprende ocho artículos (no siete), y unificarse el término a emplear en cuanto a los documentos en formato no papel: en la Exposición de Motivos se emplea el término “*documentos digitales*”, y en los artículos a los que la misma se refiere “*documentos*”.



electrónicos”. En relación a estos, señala que se hace referencia específica a los mismos. Sin embargo, el artículo 5 no hace distinción alguna entre documentos electrónicos y no electrónicos. Del mismo modo indica que se asienta como criterio básico en la gestión de los documentos el principio de valoración documental, lo cual, como más adelante se comentará, no tiene fiel reflejo en el articulado.

En relación al Título Cuarto, la Exposición de Motivos omite referencia alguna en cuanto a la creación del Archivo Histórico de Euskadi, y la asunción por parte de éste de las funciones desarrolladas por el Centro de Patrimonio Documental Irargi (Disposición Transitoria Cuarta).

En cuanto al Título relativo al régimen sancionador, ha de advertirse que el Capítulo Segundo del Anteproyecto de Ley consta de cuatro artículos (no de cinco), no haciéndose mención al artículo 29 “Administraciones competentes”.

El último párrafo de la Exposición de Motivos señala que “*la Disposición Adicional Única deroga los artículos relacionados con el Patrimonio Documental de Euskadi de la LPCV*”. En primer lugar, habrá de corregirse que se trata de una disposición derogatoria –no adicional-. En segundo, y al margen de lo que más adelante se expondrá en relación a dicha disposición, habrá de aclararse cuál es la auténtica voluntad del Anteproyecto habida cuenta de que la Disposición Derogatoria deja sin efecto la Ley 7/1990 de 3 de julio de Patrimonio Cultural Vasco en su totalidad -no una serie de artículos-, y en consecuencia, adecuar el texto normativo. Tampoco dicha cuestión se dilucida en la Memoria justificativa aportada en el expediente.

> TITULO PRELIMINAR. DISPOSICIONES GENERALES (ARTÍCULOS 1 A 3).

Antes de comenzar con el estudio del articulado, hemos de advertir que a la hora de legislar hay que hacer un esfuerzo especial de precisión y claridad y ello en aras a la materialización de dos principios generales del Derecho que han de fundamentar la labor del legislador: la igualdad de la ciudadanía ante la ley, en el sentido de que la ley debe ser accesible a todos y comprensible para todos; y la seguridad jurídica, en el sentido de que la ley debe ser previsible en su aplicación.

La importancia del esfuerzo por conseguir precisión y claridad a la hora de legislar se ha puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional [STC núm.156/2004 (Pleno) de 21 de septiembre, FJ9 y STC núm.46/1990 (Pleno), de 15 de marzo, FJ4]:

“Según nuestra doctrina el principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 CE procura «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo, F. 4), esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero, F. 5). Por este motivo, «sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su



cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, F. 8; 142/1993, de 22 de abril , F. 4; 212/1996, de 19 de diciembre , F. 15; y 96/2002, de 25 de abril , F. 5)”.

“(...) La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...).”

El Título Preliminar contiene tres artículos en los que se define el objeto de la Ley (artículo 1), se determina su ámbito de aplicación (artículo 2), y se establece una serie de definiciones técnicas que servirán para una mejor comprensión de la Ley (artículo 3).

A la hora de concretar el objeto y el ámbito de aplicación de una ley, debe distinguirse la diferencia entre ambos. El “objeto” es aquello sobre lo que versa la norma, mientras que el “ámbito de aplicación” son las diferentes situaciones de hecho o de derecho (ámbito material) y los sujetos a los que se les aplica la norma (ámbito subjetivo). Una incorrecta delimitación del ámbito de aplicación, puede tener reflejo en la totalidad del texto legal, por lo que recomendamos que se revise el mismo, cuestión sobre la que ahondaremos más adelante.

En el Anteproyecto de Ley se ha pretendido seguir ese esquema. De este modo, en el **artículo 1** se define el objeto de la Ley de la siguiente manera: “Regular la gestión, el tratamiento y la organización de los documentos y de los archivos públicos y privados de Euskadi, como medio para garantizar un mejor funcionamiento de las organizaciones, la transparencia en la gestión pública, la reutilización de la información, la salvaguarda de los derechos de la ciudadanía y de las propias administraciones y la transmisión del patrimonio documental que recoge la experiencia colectiva del País Vasco”. Sin embargo, dicho artículo va más allá y determina no sólo el objeto -“Regular la gestión, el tratamiento y la organización de los documentos y de los archivos públicos y privados de Euskadi”-, sino también el fin con el que el Anteproyecto se propone: “garantizar un mejor funcionamiento de las organizaciones, la transparencia en la gestión pública, la reutilización de la información, la salvaguarda de los derechos de la ciudadanía y de las propias administraciones y la transmisión del patrimonio documental que recoge la experiencia colectiva del País Vasco”.

La redacción del objeto propiamente dicho no muestra el carácter integral con el que se pretende normalizar la gestión de los documentos y archivos, y que da nombre al propio Anteproyecto; además, no recoge otros aspectos que el Anteproyecto viene a regular como son: la configuración y protección del Patrimonio Documental de Euskadi; la estructura, organización y gestión del Sistema de Archivos de Euskadi, el acceso de la ciudadanía a los documentos públicos y al Patrimonio Cultural; la regulación de los derechos y deberes de los titulares de archivos privados; el régimen sancionador. Por lo que se recomienda se estudie una mejora de la redacción del objeto y, en su caso, se diferencie de los fines perseguidos con el Anteproyecto de Ley que se propone.

El **artículo 2** define el ámbito de aplicación de la Ley. La dirección promotora ha optado por establecer un ámbito de aplicación de carácter subjetivo; esto es, señala las personas físicas y jurídicas a quienes se les van a aplicar la norma.

Para el análisis de este artículo procede traer a colación el artículo 17 del Anteproyecto de Ley, el cual establece que el Patrimonio Documental de Euskadi *está formado por el conjunto de documentos de valor permanente producidos, reunidos y conservados por cualquier persona física o jurídica, tanto pública o privada, en el ejercicio de sus funciones o actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi*. Por ello, y desde el momento en que, con independencia de las personas físicas o jurídicas que los posean, hay documentos susceptibles de formar parte del Patrimonio Documental de Euskadi en función de su “*valor permanente*”, es por lo que, a juicio de esta Asesoría Jurídica, el ámbito de aplicación propuesto conlleva el riesgo de que los documentos obrantes en sujetos distintos a los mencionados susceptibles de formar parte del Patrimonio Documental de Euskadi queden fuera del mismo, y por tanto, desprotegidos, habida cuenta de que la presente Ley no les sería de aplicación. En este sentido, nuevamente se ha de traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente expuesta (STC 103/1988 de 8 de junio y SYC 14/2013 de 31 de enero de 2013).

Es el caso de la Administración de Justicia y la del Estado, que siendo ambas productoras y poseedoras de documentos potencialmente integradores del Patrimonio Documental de Euskadi no se incluyen dentro del ámbito de aplicación del artículo 2. Lo mismo cabe decir de los *archivos privados que custodien patrimonio documental*, ya que ello dejaría fuera a los que contienen documentación aún no declarada como patrimonio documental. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueban el Reglamento de servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco, el Anteproyecto de Ley tampoco se aplicaría a los órganos de la Unión Europea radicados en la CAPV. Por ello, se recomienda que el ámbito de aplicación no sea únicamente subjetivo, sino también objetivo sobre el patrimonio documental.

En cualquier caso, habida cuenta de la compleja distribución competencial existente en torno a las materias que el Anteproyecto de Ley se propone regular - analizada anteriormente- y a fin de evitar conflictos competenciales, en especial con los Órganos Forales y con la Administración del Estado, convendría determinar exactamente cuál es el alcance de la Ley propuesta; esto es, habría de dilucidarse qué apartados les son de aplicación, y por ende, a qué vienen obligadas las mismas, en atención, bien a las competencias autonómicas sobre patrimonio histórico y que conllevan la capacidad para definir los elementos integrantes del mismo, bien a las competencias propias para la organización y gestión de los archivos atribuidas a los Territorios Históricos y al Estado respecto de los archivos de su titularidad. En este sentido, adelantar a este momento el contenido de los artículos 41 y 42, o remitir a los mismos, ayudaría a esclarecer tal cuestión.

En cuanto a las instituciones locales, y al igual que en la determinación del Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco se remite al Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, sería conveniente hacer una remisión, en su caso,

a la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi , en concreto a su artículo 2, en el que se relacionan los diferentes tipos de entidades locales.

Por su parte, y habida cuenta de que este artículo 2 establece el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, el apartado h) habrá de redactarse de modo que haga referencia a las personas titulares de los archivos privados a los que alude, y no a éstos como si de sujetos con personalidad jurídica se tratara.

Igualmente, se recomienda ampliar el ámbito de aplicación a aquellas personas físicas o jurídicas que con motivo de un expediente de contratación pública puedan generar, recabar o recibir documentos públicos, no ciñéndola únicamente a las que prestan servicios públicos. Además del contrato de concesión de servicios (*aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio*), la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 contempla otros tipos contractuales en los que también se genera documentación que pudiera ser susceptible de protección.

Por su parte, el **artículo 3** contiene una serie de definiciones de los conceptos técnicos fundamentales que se emplean a lo largo del texto legal a fin de delimitar el ámbito objetivo de la norma que ahora se informa. Tratándose de una norma que pretende erigirse en una herramienta eficaz y práctica tanto para el profesional en la materia como para la ciudadanía, entendemos que la inclusión de una lista de definiciones viene oportunamente a coadyuvar a dicho fin. En cualquier caso, tratándose de definiciones de índole técnica, no es objeto del presente informe el análisis de la oportunidad técnica de tales conceptos, remitiéndonos para ello al parecer del servicio técnico pertinente y a las aportaciones que resulten de los sectores implicados en el trámite de audiencia. No obstante, sí ha de apuntarse que a lo largo del Anteproyecto aparecen términos que no han sido definidos, y que a entender de esta Asesoría Jurídica sí deberían definirse, como por ejemplo, el concepto *gestión documental*, esencial para comprender el contenido y finalidad del Anteproyecto objeto de informe. Tales conceptos se irán indicando a medida que se vaya analizando el texto.

De igual modo, se sugiere reducir al máximo las diferentes acepciones que se dan respecto de un mismo término, pues ello no contribuye sino a dificultar la comprensión del articulado de la Ley. Es el caso, por ejemplo del concepto “*archivo*”.

En cuanto a la definición de “*expediente*”, cabe señalar que no es sino una reproducción de la definición de expediente administrativo dada en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dejando, así, al margen expedientes que no tengan tal carácter. Además, la reproducción del citado artículo 70 es incompleta pues no se excluyen los documentos o informaciones a los que se refiere su párrafo cuarto, los cuales no forman parte del expediente administrativo: información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, notas, borradores, opiniones,

resúmenes, entre otros. Por esta razón, y a efectos de esta Ley, el artículo resulta ambiguo, ya que surge la duda de si éstos formarían parte, o no, del expediente aquí definido. Se recomienda, por tanto, que la Dirección Promotora revise la definición del concepto expediente.

Asimismo, procede señalar que tanto el Decreto 174/2003, de 22 de julio, de organización y funcionamiento del Sistema de Archivos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su artículo 3, así como la Orden de 19 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, del reglamento del sistema de archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, también en su artículo 3, ya fijan unas definiciones (algunas sobre los mismos conceptos), por lo que entendemos que de cara a garantizar la seguridad jurídica, así como una delimitación objetiva y material, deberían de unificarse criterios entre los diferentes textos, máxime cuando los dos citados anteriormente vendrían a mantenerse vigentes conforme la Disposición Transitoria Primera.

> TÍTULO I (ARTÍCULOS 4 A 16): “DE LOS DOCUMENTOS Y DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS”

CAPÍTULO I: “DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS”

El **artículo 4**, después de definir en el artículo 2 el concepto de documento con sus dos acepciones, dispone que los documentos públicos son aquellos “*producidos, recibidos u obtenidos en el ejercicio de sus funciones por las entidades recogidas en el artículo 2, a excepción de los conservados en archivos privados*”.

En primer lugar, nuevamente cabe advertir que, dado que la definición de documento público propuesta va ligada al ámbito de aplicación subjetivo fijado en dicho artículo 2, esta definición de documento público dejaría al margen aquellos documentos producidos o en poder de otras entidades no incluidas en aquel (la Administración del Estado, o de la Administración de Justicia, por ejemplo).

En segundo lugar, y tal como ya se indicaba anteriormente, este es uno de los artículos en los que cuesta entender si la Dirección promotora, al delimitar el concepto de documento público, se está fijando en la naturaleza del mismo, o en quién es su titular. En el punto 1, al dar la definición de documento público, parece centrarse en la naturaleza del mismo. Por el contrario, en el apartado 3, parece estar fijándose en su titularidad, pues atribuye a los documentos públicos características propias de los bienes de dominio público, es decir, de los bienes de titularidad pública destinados al uso público o a un servicio público. Asimismo, el apartado 4, al indicar que se tomarán las medidas pertinentes para recuperar los documentos públicos que se hallen en posesión indebida de terceros, también hace pensar que la Dirección promotora se está centrando en la titularidad de aquellos, y no, en su naturaleza.

No obstante, la mayor evidencia de tal mezcolanza, es el punto 5, en el que se hace mención expresa a *documentos de titularidad privada en archivos públicos*. En relación a este apartado se ha de señalar, por un lado, que en el caso de que se esté refiriendo a documentos privados –considerando como tales a los producidos, recibidos u obtenidos

por entidades diferentes a las indicadas en el artículo 2-, habría una gran incoherencia entre lo establecido en el mismo –“*se adoptarán las medidas pertinentes para su devolución a sus propietarios legítimos*”-, y lo dispuesto en el punto 4.2, conforme al cual los documentos privados conservados en archivos públicos se consideran documentos públicos, y por ende, inalienables e inembargables, conforme el punto 3 del mismo artículo. Por otro, y si realmente se está refiriendo a documentos titularidad de personas privadas, tampoco tendría sentido la regulación propuesta, pues podría tratarse de un documento público en base a la definición dada en el punto 1 -por haber sido obtenido en el ejercicio de sus funciones por una administración, por ejemplo-, pero ser de titularidad privada. De todos modos, y al margen de si se trata de documentos privados o de titularidad privada, lo cierto es que la ubicación de este punto se considera inadecuada, ya que tanto el artículo 4 como el propio Capítulo 1º llevan por título “De los documentos públicos”, debiéndose regular aquellos, por tanto, en otro lugar.

Además, en este sentido se recomienda introducir expresamente una definición de documento privado –así como de archivo público y archivo privado-, evitando que la calificación de los documentos –o archivos, en su caso-, se realice mediante la técnica del descarte.

A la vista está, por tanto, que el artículo 4 es un precepto fundamental dentro del Anteproyecto propuesto, ya no sólo porque la calificación de un documento como público va a suponer dotarle de un régimen jurídico concreto, sino porque la determinación de qué ha de entenderse por tal constituye el pilar fundamental alrededor del cual va a girar el resto del articulado. Por ello, la Dirección promotora habrá de esforzarse en definir el concepto de documento público de una manera clara y concisa desde la perspectiva de la naturaleza del documento, y no tanto desde el prisma de la titularidad del mismo.

Finalmente, cabe recordar que aquellos documentos públicos que tengan carácter administrativo ya vienen definidos en el artículo 26 de la LPACAP, definición, que, en su caso, habría de tenerse en consideración en aras a lograr una mayor uniformidad y homogeneidad a la hora de interpretar y aplicar las diferentes normas.

El artículo 5 tiene por título “*Características y requisitos de los documentos públicos*”. Primeramente, se ha de señalar que el uso de la palabra requisito, conduce a pensar que para que el documento sea público ha de cumplir una serie de condiciones, y si no, deja de tener tal carácter. Por ello, y dado que el artículo 4 ya da una definición de documento público quedando vinculado éste a su producción, obtención y recepción por parte de determinadas personas físicas o jurídicas, convendría dar otro título al artículo.

Cuestión distinta es que para que dichos documentos sean válidos, hayan de reunir determinados requisitos, como es el caso de los documentos públicos administrativos, los cuales habrán de reunir las condiciones exigidas en el anteriormente citado artículo 26 de la LPACAP, y que son:

“2. Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán:



- a) *Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.*
- b) *Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.*
- c) *Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.*
- d) *Incorporar los metadatos mínimos exigidos.*
- e) *Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable”.*

Se considerarán válidos los documentos electrónicos, que cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos.

De todos modos, lo realmente llamativo de este artículo 5 es que parece centrarse únicamente en documentos públicos administrativos, creando una laguna legal respecto de las características que hubieran de reunir el resto de documentos públicos, tales como, los notariales o registrales.

En segundo lugar, y en lo que al contenido del artículo se refiere, el punto 1 remite al artículo 4.1 del Anteproyecto, el cual a su vez, remite al artículo 2. Por ello, y en aras a que la lectura y comprensión de la norma resulte lo más clara posible se recomienda evitar en la medida de lo posible remisiones de esas características. Además, la redacción es equívoca, pues dichas entidades no están obligadas a producir documentos, sino a que los documentos que se produzcan sean auténticos, íntegros, fiables y accesible. Por tanto, convendría corregir el párrafo en el sentido expuesto.

En otro orden de cosas, se obliga a que los documentos se conserven mientras “*esté vigente alguno de sus valores, lo que puede implicar su conservación permanente*”. Se mencionan pues dos expresiones: “*valores*” y “*conservación permanente*”, que resultan esenciales para la comprensión del texto, pero sobre las cuales no hay una concreción sobre su significado. Podría entenderse que se está haciendo referencia a los conceptos definidos en el artículo 3 y el artículo 17.2 del Anteproyecto (“*valoración*” y “*valor permanente*” respectivamente), debiendo unificarse, en tal caso, la denominación de los términos a utilizar. En caso contrario, habría de concretarse el significado de tales conceptos indeterminados.

En el punto 8 se hace mención a las *Políticas de Gestión de Documentos Electrónicos*. Sin embargo, ni en el texto normativo, ni en la Memoria justificativa se hace referencia alguna a la mismas. Tampoco en la Exposición de Motivos.

El **artículo 6** lleva por título “*La gestión de documentos públicos*”, y a diferencia de lo argumentado en la Exposición de Motivos (*se tipifica la gestión de todos ellos*, en referencia a los documentos públicos), únicamente se centra en obligar “*a las entidades en el ámbito de aplicación*” de la Ley a establecer un programa para la gestión documental, y en establecer las características que ha de reunir el mismo: no establece los pilares sobre los que tal gestión ha de sustentarse, y en última instancia, proteger el patrimonio cultural de Euskadi. Además, y si bien cabe suponer que se está refiriendo a los sujetos señalados en el artículo 2, la partícula “*en*” da lugar a dudas en cuanto al ámbito de aplicación al que se refiere:

subjetivo (artículo 2) o material, debiéndose dar al artículo, en su caso, una redacción más adecuada.

En relación al punto 2, se ha de insistir en la necesidad de definir el concepto “gestión documental”: concepto sobre el que no sólo incide el citado artículo, sino que además, es el que da título al Anteproyecto de Ley objeto de informe. Además, se sugiere incorporar una coma tras la palabra “*datos*”.

En el **artículo 7** se precisa quienes se consideran cargos públicos. En primer lugar, y en lo que al título del artículo se refiere, no se estima necesaria la adjetivación. Por ello, y habida cuenta de que la definición y remisión que se hace a los mismos a lo largo del artículo es “*cargos públicos*”, se recomienda suprimir los calificativos “*representativos y designados*”. Además, el punto 1. b) habrá de corregirse de manera que se indique, en relación a los cargos propios, “*los propios*” -no “*las propias*”-; o bien, introducir la palabra “*personas*”, en consonancia con la redacción dada en el apartado a), de modo que diga: “*Las personas propias de los órganos forales (...)*”.

En segundo lugar, y en relación con el ámbito de aplicación establecido en el artículo 2, habrían de incluirse a los cargos públicos de todas las entidades señaladas en el mismo. De igual modo, habría de preverse la regulación de los documentos de la alta dirección de las personas y archivos a las que se refieren las letras g) y h) del mencionado artículo 2.

No obstante, y dado que son diferentes los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación, y que el término cargo público podría dar lugar a dudas interpretativas en función de lo que se entienda por tales en el ámbito de cada uno de aquellos, es por lo que se sugiere sustituirlo por una referencia genérica que se centre en aquellas personas que por las funciones que desempeñan tengan a su cargo documentos públicos.

Finalmente, y en lo que el plazo de 30 días establecido en el punto 5 se refiere, se entiende que no respeta la actual distribución competencial en base a la cual los Territorios Históricos no sólo tienen competencias de desarrollo y ejecución en materia de patrimonio documental (artículo 7.b.5), sino también competencia exclusiva para la organización, régimen y funcionamiento de sus Órganos Forales.

En relación al **artículo 8**, sería preciso aclarar y, en su caso, aunar criterios, sobre si se refiere a entidades del Sector Público -tal como reza el título del citado artículo-, entre las que también se incluyen las que se rigen por el derecho privado, o si, tal como establece a lo largo del artículo, se refiere sólo a entidades públicas. El matiz es de trascendencia. De acuerdo con la Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, al que el propio Anteproyecto remite en el artículo 2.1, el sector público de la CAPV está integrado por:

- La Administración General o Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
- Los organismos autónomos.
- Los entes públicos de derecho privado.

- Los consorcios
- Las sociedades públicas.
- Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En consecuencia, las dos últimas, que son entidades de personificación privada, no vendrían obligadas a cumplir lo dispuesto en este artículo.

Además, en el punto 3, se señala que” *los documentos generados hasta la fecha seguirán siendo de titularidad pública*”. A criterio de esta Asesoría Jurídica, dicho párrafo habría de redactarse en atención a la definición de documento público dada en la propia norma, la cual va vinculada a quien produce, recepciona o recibe un documento, y no a la titularidad del mismo; cuestiones ambas muy diferentes, tal como se ha señalado anteriormente.

No obstante, y con independencia de lo anterior, llama la atención que únicamente se regulen tales situaciones para con dichas entidades públicas, dejando al margen la transmisión o extinción que pudiera tener lugar en relación a las personas físicas y jurídicas señaladas en las letras g) y h) del artículo 2. Piénsese, por ejemplo en el caso de una Federación Deportiva en el ejercicio de su potestad para conceder licencias, o en el caso de un archivo privado que reúne documentación a la que puede tener acceso la ciudadanía. Se considera por ello que este artículo habría de ser redactado teniendo en cuenta el ámbito de aplicación subjetivo diseñado en el artículo 2.

En cuanto al **artículo 9**, “*Documentos públicos generados por prestadores de servicios públicos*”, no queda sino remitir a lo expuesto respecto del artículo 2 “*Ámbito de aplicación*”, e indicar que el mismo, en concreto en los puntos 3 y 4, parece estar refiriéndose a un único tipo de prestación de servicio público, dejando en el aire qué ocurre con los documentos generados o recopilados por otro tipo de prestadores de servicio público que no se hallen vinculados con un contrato. Además, solo regula el traspaso de documentación para el caso de extinción del contrato o cese de la actividad, pero no para el supuesto de finalización de los contratos por trascurso del tiempo. Igualmente, ni en este, ni en ningún otro artículo del Anteproyecto, se establece en qué consiste la inspección a la que se refiere el punto 3; ni su finalidad; tampoco quién llevará a cabo la misma, cómo se organizará o ni con qué medios se ejercerá.

El **artículo 10** establece la obligación de crear un censo de sistemas de producción administrativa *que dependa del archivo*. En primer lugar, sería conveniente aclarar a cuál de todas las acepciones dadas al término “archivo” se está refiriendo –en sentido funcional, orgánico o material-. En segundo lugar, indicar que, entrar a tal detalle, podría suponer un conflicto de competencias para con los Territorios Históricos pues, tal como se ha expuesto anteriormente, tienen atribuidas competencias exclusivas tanto en materia de gestión de los archivos de su titularidad, como para la organización de sus propias instituciones.

Igualmente, el **artículo 11** obliga a crear Comisiones de Valoración, Selección y Acceso, a fin de valorar los documentos públicos. Por un lado, cabe advertir que tal obligación de crear un nuevo órgano supondría una intromisión en las competencias que tienen atribuidas los Territorios Históricos, así como las entidades locales en relación a la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones. Además, la creación de

aquellas habría de ajustarse a lo establecido la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por otro lado, tal obligación sólo se exige de las instituciones públicas, no previéndose nada respecto de la valoración de los documentos públicos producidos, recibidos u obtenidos por el resto de personas incluidas en el ámbito de aplicación.

Por el contrario, llama la atención que no se establezcan los principios, líneas o criterios que hayan de regir la valoración y conservación de los documentos, y que a fin de cuentas, sean los que sirvan de sustento para la conformación y protección del Patrimonio Documental de Euskadi, fin último de la presente norma. Tampoco las líneas de actuación y coordinación conjunta entre las personas y entidades implicadas. En definitiva, tal como se adelantaba al analizar esta cuestión en la Exposición de Motivos, el Anteproyecto de Ley se ciñe únicamente a indicar que los documentos han de ser valorados, si bien no en qué ha de basarse tal valoración, cuestión que se considera de especial relevancia atendiendo a que son las instituciones comunes las únicas competentes para determinar la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi.

En consecuencia de todo lo anterior, el presente artículo habrá de ser revisado.

CAPITULO II: “DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS”

El **artículo 12** establece cuál es la misión de los archivos públicos. Sin embargo, y tal como se ha expuesto anteriormente, el Anteproyecto de Ley habría de determinar primeramente qué ha de entenderse por archivo público, o al menos, indicar a cuál de las tres acepciones dadas en el artículo 3 se está aludiendo. Igualmente, habría de determinar si se está refiriendo a los archivos públicos, o a los sistemas de archivo. En efecto, y aunque el título y el punto 1 se refieren a *archivo público*, el resto de los apartados lo hacen a *sistemas de archivo*, por lo que el artículo habrá de ser corregido en dicho sentido.

Asimismo, el artículo 12 dispone que *la misión de los archivos públicos es gestionar los documentos públicos*. En este sentido, habrá de tenerse en consideración la competencia exclusiva que ostentan los Órganos Forales respecto de los archivos de su titularidad, y concretar, en su caso, en qué consiste tal gestión. Efectivamente, tal como se ha venido señalando a lo largo del informe, y en lo que a archivos se refiere, todo aquello que exceda de la mera definición de los elementos integrantes del Patrimonio Documental supone una invasión de las competencias forales. Dicho de otro modo: es factible que la Comunidad Autónoma decida sobre qué se entiende por su patrimonio documental y le confiera un régimen de protección, siempre y cuando no se excedan dichas atribuciones competenciales autonómicas. Así las cosas, entrar a regular cuestiones que afectan a la organización de los archivos donde se hallan dichos documentos, cuando dichos archivos son de otro titular que ostenta competencias exclusivas sobre los mismos, iría más allá de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma, salvo que tal regulación –en este caso, del sistema de archivos- tuviera incidencia en la conformación y protección del Patrimonio Cultural, competencia que sí es exclusiva de la Comunidad Autónoma. A pesar de su trascendencia, en el expediente no consta análisis ni explicación alguna al respecto.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 12 obliga a todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 2 a crear su propio sistema de archivo, entre las cuales se incluyen

personas titulares de archivos privados, por lo que, teniendo en cuenta que en este momento se están regulando los archivos públicos, el artículo habrá de ser revisado.

El **artículo 13** lleva por título “sistemas de archivo públicos”. El Anteproyecto de Ley define en su artículo 3 “sistema de archivo”, pero no realiza una distinción entre *sistema de archivo público* y *sistema de archivo privado*, lo cual dificulta entender el alcance de tal precepto, máxime cuando el mismo obliga a crear sistemas de archivo a las “*entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley*”, entre las que también se incluyen entidades y personas que no tienen el carácter de públicas.

En el apartado 2 del **artículo 14** se menciona el concepto *sistema y plataforma de producción administrativa*, el cual convendría definir e incluir en el artículo 3 de la Ley. Asimismo, se advierte de que el artículo, por error u omisión del punto 3, consta de tres apartados y no de cuatro, habiendo de ser corregido al efecto. Consecuentemente el artículo 29.2 c) del Anteproyecto habrá de ser adaptado en consonancia con lo anterior.

En relación al **artículo 16** “Contratación de servicios archivísticos”, habría de concretarse con mayor detalle cuáles son los servicios que se excluyen de la contratación archivística, en especial, el servicio de *gestión integral documental*, por ser éste un concepto muy amplio, genérico y poco determinado que podría conducir a numerosas interpretaciones, e incluso a impedir la contratación del servicio archivístico.

Asimismo, no estaría de más añadir que las contrataciones, en su caso, habrían de llevarse a cabo conforme la legislación vigente en cada momento en materia de contratación pública.

> TITULO II (ARTÍCULOS 17 A 20): “DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE EUSKADI”

En el **artículo 17** se determina la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi desde un punto de vista objetivo, centrándose en el “*valor permanente*” de los documentos producidos, reunidos y conservados por cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de sus funciones o actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi. A tal efecto, el apartado segundo de dicho artículo determina cuándo un documento ha de considerarse de valor permanente, y lo hace en función de tres variables: de la titularidad del documento, de su antigüedad y de su definición como de *conservación permanente por las comisiones de valoración pertinentes*.

Cabe realizar varias consideraciones al respecto:

En primer lugar, y tal como se ha expresado con anterioridad, este artículo es buena muestra de la constante confusión que se viene haciendo a lo largo de todo el Anteproyecto en cuanto a la naturaleza y titularidad de los documentos. En efecto, al regular qué documentos son de valor permanente, se centra en la titularidad pública o privada de los documentos, y no en su naturaleza, aspecto en el que, en principio, parecía querer fijarse el Anteproyecto de Ley al definir los documentos públicos en el artículo 4. En cualquier caso, y al margen de lo anterior, se habría de unificar el término a emplear: en el punto a) del

apartado 2 se utilizan, dentro del mismo apartado, los términos documentos de titularidad pública, y documentos públicos, para referirse, al parecer, al mismo tipo de documentos.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, el apartado 17.2 menciona qué documentos se consideran de *valor permanente*, concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y contenido quedaría en gran medida en manos de las comisiones de valoración a las que se refiere el artículo 11.3 del Anteproyecto de Ley. En efecto, las pautas o características de los documentos en relación a su antigüedad recogidas en el artículo 17 no son las únicas para determinar dicho valor permanente, quedando a criterio de las comisiones de valoración la apreciación de aquel.

La integración de documentos en el Patrimonio Documental de Euskadi en base a su calificación como *de valoración o conservación permanente* por la comisión correspondiente, supone una novedad respecto de la actual conformación del Patrimonio Documental de Euskadi, el cual, según el artículo 55 de la vigente LPCV, está integrado por “*todos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos de cualquier titularidad con una antigüedad de 50 años se consideran históricos, y quedan como tales incorporados al Inventario del Patrimonio Documental Vasco de la manera prevista en el artículo 16 y 59.22*”. Esto es, el Patrimonio Documental vasco hasta el momento se encuentra formado por los documentos que reúnen las características fijadas en la LPCV, desarrollada mediante Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueban el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental, sin necesidad de su calificación previa como tal por parte de ningún órgano.

Así pues, el promotor de la presente iniciativa opta por introducir otro mecanismo adicional al hasta ahora vigente para la formación del Patrimonio Documental de Euskadi, que conlleva la aplicación de un cierto grado de discrecionalidad para la integración o no de un documento en aquel. Sin embargo, en la Memoria justificativa del Anteproyecto de Ley no se justifica ni analizan las razones que le han llevado a decantarse por esta opción y no por otra. Por ello, se estima necesario que en aquella se aborde razonadamente tal elección, máxime cuando constituye el pilar básico sobre el cual se estructura el Anteproyecto como fuente de derechos y obligaciones. Además, ninguna de las disposiciones transitorias propuestas recoge la situación en que quedarían los documentos calificados a día de hoy como Patrimonio Documental Vasco, surgiendo la duda si los mismos se seguirán considerando como tal o si, por el contrario, han de seguir el procedimiento establecido en el Título II. Cuestión, por tanto, que también habría de ser contemplada en el texto legal que se propone.

Dentro del apartado 17.2.a), se considera más acertado indicar “*comisiones de valoración de las instituciones competentes*”, que de “*pertinentes*”.

En tercer lugar, la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi se ciñe a los documentos producidos, reunidos y conservados por cualquier persona *en el ejercicio de funciones o actividades llevadas a cabo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi*. En este sentido, se recomienda reflexionar sobre la sustitución de la preposición *en* por otra fórmula más adecuada, pues la actual redacción da pie a interpretar que únicamente se está refiriendo a las funciones o actividades realizadas físicamente en la CAPV, cuando bien

puede ser que las mismas se desarrollen en un territorio diferente (piénsese por ejemplo, en un convenio acordado y firmado por el Lehendakari en otro país).

En otro orden de cosas, y dado que la calificación de patrimonio documental podría llegar a alcanzar a documentos de valor permanente pero radicados fuera del territorio de la CAPV, cabe traer de nuevo a colación la ya citada STC 103/1988, la cual reconoció la competencia autonómica para definir el patrimonio cultural de la Comunidad pudiéndose extender tal definición a documentos no situados dentro de su territorio. La posibilidad de dicha extensión también fue reconocida por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su informe 24/1999 y reiterada en su posterior informe 192/2008. En este sentido, cabe reproducir lo dicho por COJUAE en su informe 192/2008:

“110. Ahora bien, lo problemático sería que las previsiones que se ocupan de la protección del patrimonio documental vasco (Título II) y del acceso al mismo (Título V) alcanzarán en su regulación a los archivos donde se ubican tales documentos y fondos.

111. El Tribunal Constitucional ya señaló en su STC 103/1988 que, aun admitiendo la estrecha relación existente entre la calificación de documentos y la ordenación de los archivos con relación a la organización, protección y definición del patrimonio documental, la regulación sustantiva de los archivos que dicte la Comunidad Autónoma deberá dejar a salvo a los archivos de titularidad estatal, por virtud de la competencia exclusiva estatal ex artículo 149.1.28 CE, incluso aunque éstos custodien fondos que la ley autonómica declara como pertenecientes a su propio patrimonio documental. Dicha doctrina constitucional, aplicable también a la CAPV, debe hacerse además extensiva a los archivos de titularidad de los Territorios Históricos, ya que, siguiendo a la LTH, el artículo 74 de la LPCV los excluye del ámbito de su regulación, al igual que a los archivos de titularidad del Estado. Y también a los archivos donde se custodian documentos del patrimonio documental vasco situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma”.

Por su parte, se recomienda la supresión del adjetivo “*posteriores*” en referencia a las valoraciones. En efecto, y si bien parece que se quiere referir a la valoración que pueda llevarse a cabo después de que el documento haya pasado a considerarse de valor permanente automáticamente por haber alcanzado los 50 años de antigüedad, lo cierto es que dicha redacción es un tanto confusa, pues da a entender que el documento ha sido valorado con anterioridad. Además, el empleo del plural -“*valoraciones posteriores*”-, hace pensar que puedan ser varias las valoraciones que se realicen de un mismo documento. Asimismo, llama la atención que en el apartado c) de ese mismo artículo, no se utiliza dicho adjetivo, empleándose además el singular: “*la valoración de estos documentos (...)*”. Por ello, se recomienda mejorar este apartado a).

En cuarto lugar, el apartado 17.2.b) menciona *el proceso de valoración establecido en esta Ley*. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley no regula procedimiento alguno para la valoración y selección de los documentos, así como tampoco los criterios y principios en los que ha de basarse la misma, tal como se ha advertido con anterioridad al analizar el artículo 11 del Anteproyecto. En efecto, el hecho de que el Anteproyecto de Ley no determine los



criterios y pautas que han de regir las valoraciones que realicen las comisiones de valoración, supone dejar en manos de éstas un margen de discrecionalidad total a la hora de determinar el valor permanente de un documento, y por tanto, de la conformación del Patrimonio Documental de Euskadi. Salvo la obligación de crear Comisiones de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos (artículo 11.3), la Ley tampoco establece ni regula los cometidos de éstas. Por ello, y dado el carácter uniformador con el que se dicta la presente Ley, habrán de fijarse los principios, pautas o criterios de valoración que sirvan de referente y marco común a las diferentes comisiones de valoración a la hora de ejecutar sus funciones, las cuales también habrán de establecerse, a fin de garantizar así la adecuada conformación y conservación del Patrimonio Documental de Euskadi.

Igual consideración ha de realizarse en cuanto a la exclusión de documentos del Patrimonio Documental de Euskadi prevista en el artículo 17.2 apartados a) y c), pues no se determinan ni los criterios que han de tenerse en consideración para ello, ni el procedimiento a seguir, ni el órgano competente para ello.

En quinto lugar, en el apartado 17.2.c, y en lo que al informe previo del Consejo Asesor de Archivos se refiere, cabe suponer que se está refiriendo al Consejo de Archivos de Euskadi regulado en el artículo 30 del Anteproyecto, debiendo, en tal caso, adecuarse la terminología empleada. En cualquier caso, entre las funciones atribuidas al Consejo de Archivos de Euskadi en dicho artículo no se contempla ninguna en materia de patrimonio documental, salvo la de informar sobre cualquier norma que afecte a las declaraciones de Patrimonio Documental. En lógica consecuencia, habrán de revisarse los referidos artículos y darles una redacción coherente y uniforme.

Por otra parte, resulta llamativo que dicho informe sea necesario para excluir los documentos a los que se refiere el apartado c) y no para los aludidos en el apartado a), para con los cuales también se contempla su posible exclusión del Patrimonio Documental de Euskadi. Tal omisión hace que el artículo resulte ambiguo, por lo que se recomienda la concreción de dicho aspecto, indicándose la necesidad, o en su caso, no necesidad, de dicho informe. En este último supuesto, la Dirección promotora habría de explicar en su Memoria cuáles son las razones por las que para los documentos señalados en la letra c) sí sería necesario el informe del Consejo de Archivos de Euskadi, y para los indicados en el apartado a) no.

No menos curioso resulta que siendo las comisiones de valoración las encargadas de valorar y decidir la inclusión de los documentos en el Patrimonio Documental de Euskadi, sea el Consejo Asesor quien parezca tener la última palabra a la hora de excluirlos.

Asimismo, el artículo 17.4 establece la posibilidad de que se declaren constitutivos de Patrimonio Documental de Euskadi documentos que no alcancen la antigüedad indicada en el punto 2. Sin embargo, dicho apartado resulta un tanto confuso: más bien parece estar refiriéndose a los puntos 2.b) y c); esto es, a los documentos de titularidad privada que no alcancen los 30 años de antigüedad, o que habiéndolos alcanzado tengan una antigüedad inferior a 60 años y no hayan sido valorados, dado que el resto de supuestos requieren, bien la valoración previa por parte de la comisión pertinente, bien pasan a formar parte del patrimonio documental automáticamente (documentos de titularidad pública de más de 50 años; documentos de titularidad privada de más de 60 años).

No obstante, a criterio de esta Asesoría Jurídica, deviene un tanto contradictorio que por un lado se exija que los documentos posean una antigüedad mínima, y por otro, se establezca tal posibilidad, la cual habilita para que incluso documentos actuales puedan ser declarados patrimonio documental. En efecto, no se establece ningún otro criterio que, a pesar de no alcanzar la antigüedad precisa, pudiera justificar la declaración del documento como patrimonio documental: por ejemplo, que versara sobre una materia concreta, la cual, por sí misma, hiciera al documento merecedor de la especial protección de que goza el patrimonio documental.

Igualmente, cabe destacar que el Anteproyecto de Ley tampoco regula el procedimiento que ha de regir la valoración y selección de los documentos y que habría de ser común a las diferentes comisiones de valoración. Tampoco en la Memoria justificativa se explica cuál va a ser el proceso.

Así las cosas, desde el punto de vista organizativo, en ocasiones las valoraciones las realizan las comisiones de valoración; en otras, el Departamento competente en materia de archivos y patrimonio documental del Gobierno Vasco. Desde el punto de vista procedimental: los documentos de titularidad privada de más de 30 años de antigüedad se rigen por un proceso de valoración recogido en el Anteproyecto, pero que como ya se ha indicado anteriormente, en realidad, no se contempla; los documentos de titularidad privada con una antigüedad inferior a 30 años, o que habiéndolos alcanzado tengan una antigüedad inferior a 60 años y no hayan sido valorados, mediante el procedimiento del artículo 18 del Anteproyecto, el cual conlleva la declaración expresa del documento como Patrimonio Documental de Euskadi y su publicación en el BOPV; los documentos de titularidad pública se valoran por las comisiones de valoración, sin que se determine procedimiento alguno, ni su publicidad; por su parte, los documentos de titularidad pública de más de 50 años y los de titularidad privada de más de 60 años pasan automáticamente a formar parte del Patrimonio Documental Vasco. En definitiva, el caos en que incurre este artículo es descomunal.

Por ello, y dada la trascendencia que tiene la calificación de los documentos como Patrimonio Documental, habría de delimitarse con mayor precisión y claridad la documentación susceptible de acceder a dicho status, así como establecer las bases y criterios - sustantivos y procedimentales- que han de regir las valoraciones que lleven a cabo las diferentes comisiones de valoración, con el fin de evitar arbitrariedades y lagunas que induzcan a inseguridad jurídica.

El **artículo 18** establece el procedimiento para la declaración de Patrimonio Documental de Euskadi de documentos que no alcancen la antigüedad indicada en el punto 2. Al respecto se ha de remitir a los argumentos realizados más arriba en torno al artículo 17.4, y advertir que así redactado, el artículo deja sin regular el procedimiento que se ha de seguir para la declaración como patrimonio documental del resto de documentos, que son la mayoría. Esto es, como ya se hacía referencia al analizar el artículo anterior, el Anteproyecto deja sin regular el procedimiento a aplicar, por ejemplo, para la valoración y selección de los documentos de titularidad pública, o para la declaración como patrimonio documental de aquellos otros que alcancen la antigüedad legalmente establecida, y sin embargo, sí que establecen los trámites a seguir para los supuestos “residuales” contemplados en el artículo

17.4. En cualquier caso, se ha de señalar que dicho procedimiento habrá de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015 LPACAP.

En cuanto al segundo párrafo del precepto, se ha de recordar que la solicitud por la que se inste al Departamento del Gobierno Vasco competente en materia de archivos y patrimonio, habrá de ser resuelta expresa o tácitamente, produciendo, en su caso, los efectos establecidos en el artículo 25 de la LPACAP.

En cuanto al fondo, y al igual que lo expuesto anteriormente en relación a las comisiones de valoración, se estima necesario establecer los criterios o fundamentos que han de servir de sustento para la declaración o no de un documento como Patrimonio Documental de Euskadi.

En definitiva, el procedimiento establecido en este artículo debería regularse con mayor detalle.

El **artículo 19** regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en los casos de transmisión onerosa inter vivos de los documentos integrantes del Patrimonio Documental.

Así, el artículo 19.1 del Anteproyecto viene a limitar las transmisiones onerosas inter vivos de los documentos integrantes del Patrimonio Documental de Euskadi a través del establecimiento de los citados derechos de adquisición preferente. Ahora bien, en el Anteproyecto de Ley no se establece de un modo claro y conciso quién o quiénes son los titulares de los mismos. En efecto, de los puntos 3 y 4 de dicho artículo, parece deducirse que lo es el Departamento competente en materia de archivos y patrimonio documental – se supone que del Gobierno Vasco-, el cual podría ejercerlo para sí mismo o para otras entidades; sin embargo, el artículo 46.2 d) establece que en “*caso de enajenación cualquier administración pública podrá ejercer el derecho de tanteo y retracto*”. Por tanto, y dado que tampoco en la Memoria se explica nada al respecto, habrá de aclararse tal cuestión, y establecerse expresamente en el Anteproyecto quién o quiénes son los titulares de los derechos de tanteo y retracto contemplados, y en su caso, los beneficiarios. Además, y atendiendo al carácter legal de ambos derechos, este sería el momento de regular, si no son todos, si al menos los aspectos más fundamentales relacionados con la titularidad y ejercicio de los mismos.

Por su parte, y tal como se ha puesto de relieve al analizar el artículo 17, tampoco la Ley determina con claridad qué documentos van a conformar el Patrimonio Documental de Euskadi, cuestión que viene arrastrándose a lo largo de toda la disposición por la falta de una clara e inicial definición de los documentos en atención, bien a su naturaleza, bien a su titularidad.

Así las cosas, la constante confusión entre la naturaleza y titularidad de los documentos sobre la que se viene advirtiendo a lo largo del presente informe, dificulta la interpretación del artículo 19. A esto hay que añadir que, si bien cabe suponer que lo serán los documentos declarados de valor permanente, el Anteproyecto de Ley no establece qué documentos se van a incluir en el Censo de Servicios de Archivo y Patrimonio Documental contemplado en el artículo 20 de la Ley; cuestión de gran relevancia, habida cuenta de que

conforme el punto 2 del artículo 19, sólo los incluidos en dicho censo se hallan limitados por los derechos de tanteo y retracto.

Todo ello conduce a que sean varios los escenarios que se planteen a la hora de interpretar el artículo 19.2: si se considera que los documentos a transmitir son documentos públicos de los definidos en el artículo 4 del Anteproyecto (con independencia de su titularidad), se estaría en presencia de documentos *inalienables e inembargables* al amparo del punto 3 de ese mismo artículo; en consecuencia, el supuesto previsto carecería de sentido. En el caso de que se estuviera refiriendo a documentos de titularidad pública, tampoco tendría razón de ser tal previsión, pues las personas privadas a las que se refiere el artículo 19.2 no estarían legitimadas para transmitirlos por ser aquellos propiedad de una entidad pública. Por tanto, parece que únicamente serían los documentos privados de titularidad privada los documentos integrantes del Patrimonio Documental sobre los que podrían ejercitarse tales derechos.

En este sentido y a falta de su regulación expresa en el Código Civil, cabe traer a colación la definición que la doctrina ha venido configurando respecto del derecho de tanteo: "el tanteo consiste en el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada, en el caso de que el dueño quiera enajenarla, y consiguientemente, la facultad que le asiste para que en este último caso, se lo manifieste así el propietario, indicándole el precio y condiciones de la enajenación". Por el contrario, el retracto si viene recogido en el Código Civil, en concreto en los artículos 1507 y siguientes, definiéndose como "el derecho de preferencia que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador mediante el abono al mismo del precio que entregó y gastos de contrato que se le pudieran ocasionar.

Por su parte, para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente contemplados habrá de estarse también a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi en lo que a las adquisiciones onerosas de bienes muebles se refiere. En concreto, el artículo 42.1 TRLPE obliga a que las mismas se realicen previa tramitación del expediente oportuno, en el que debe figurar, al menos, lo siguiente:

- a) Una memoria en la que se justificará la necesidad o conveniencia de la adquisición o arrendamiento, el fin o fines a que pretende destinarse el bien o derecho y el procedimiento de adjudicación que se proponga.*
- b) El certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya.*
- c) Informe jurídico sobre el procedimiento y condiciones proyectados.*
- d) La aprobación del pliego de bases o documento equivalente por el órgano de contratación y la aprobación del gasto por el órgano competente.*
- e) La tasación del bien o derecho, debidamente aprobada, que incorporará el correspondiente estudio de mercado.*

Ahora bien, la Dirección promotora habría de explicar en su Memoria si, al ser esta una ley sectorial, el procedimiento establecido en el artículo 19 del Anteproyecto de Ley prevalece sobre el referido artículo 42.1 TRLPE, o si por el contrario, y en la medida en que aquel no

es contrario a éste, han de entenderse complementarios, y, en consecuencia, seguirse ambos, o bien indicar alguna previsión al respecto en el propio Anteproyecto de Ley.

Asimismo, habrían de concretarse cuáles son las condiciones jurídicas que han de exponerse en la comunicación, y determinar qué ha de entenderse por una destacada finalidad cultural-(artículo 19.3).

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley no prevé qué naturaleza tendrán los documentos que se adquieran como consecuencia de un derecho de tanteo y retracto, si serán documentos públicos o documentos privados. Tampoco contempla la regulación de las transmisiones onerosas inter vivos, obviando las que puedan tener lugar a título gratuito.

Tal como se ha adelantado anteriormente el **artículo 20** establece la creación del Censo de Servicios de Archivo y Patrimonio documental, como un sistema de información público que reúne *los datos relativos a los fondos de archivo de Euskadi, ya sea su titularidad pública, ya privada*, dejando para un momento posterior su definición e implementación por vía reglamentaria.

Tal remisión en blanco al reglamento no se considera adecuada, y por ello, el Anteproyecto de Ley habrá de regular, al menos, los aspectos más básicos relativos al referido censo como es su propia definición. Efectivamente, el reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene subordinación a la Ley, a la que complementa. Por ello, y por ser el reglamento una norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales, las cuales siempre corresponden a la Ley, y aquellas normas secundarias pero necesarias para completar el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, y volviendo a lo expresado más arriba, habría de indicarse con claridad qué documentos son los que van a incluirse en dicho censo, y cuál va a ser el procedimiento para su integración en el mismo. Además, surge la duda de si un documento censado vendría a equipararse con lo que la aún vigente LPCV califica de inventariado. En efecto el artículo 55.2 LPCV establece que *“todos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos de cualquier titularidad con una antigüedad de 50 años se consideran históricos, y quedan como tales incorporados al Inventario del Patrimonio Documental Vasco de la manera prevista en el artículo 16 y 59.2.”* En desarrollo de lo anterior, el artículo 7 del Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueban el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco dispone:

“Artículo 7.– Del Inventario del Patrimonio Documental Vasco.

- 1.– *El Inventario del Patrimonio Documental Vasco previsto en el artículo 55 de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco, constituye una parte integrante del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, cuyo funcionamiento se regirá con arreglo a su normativa específica.*
- 2.– *Los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos que se inscriban en el Inventario del Patrimonio Documental Vasco disfrutarán del régimen de protección previsto para los bienes inventariados de naturaleza mueble en el título*

III de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco y demás disposiciones que les resulten de aplicación.

3.- Todos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos, cualesquiera que sea su titularidad, con una antigüedad de cincuenta ó más años quedan incorporados al Inventario del Patrimonio Documental Vasco sin necesidad de acto expreso de inscripción, según se contempla en el artículo 55.2 de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco”.

Finalmente, habrá de definirse el concepto “*fondo de archivo*”, o en el supuesto de que se refiera al término “*fondo documental*” ya definido en el artículo 3, emplear el mismo a fin de unificar conceptos.

> TÍTULO III (ARTÍCULOS 21 A 26): “DEL ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y AL PATRIMONIO DOCUMENTAL”

Los **artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26** del Anteproyecto de Ley regulan: el derecho de acceso a los documentos; la publicidad activa y transparencia en el acceso a los documentos públicos; el procedimiento de acceso a los documentos; la formalización del acceso; los derechos y obligaciones de las personas solicitantes.

Como cuestión previa, y dado que en los citados artículos se hace mención a conceptos que se regulan en el Título siguiente, la ubicación del presente Título con posterioridad a aquel ayudaría a una mejor comprensión de los citados artículos, máxime cuando son los que mayor incidencia van a tener entre la ciudadanía.

A continuación, ha de hacerse hincapié una vez más en la necesidad de aclarar si los documentos para los que se contempla el derecho de acceso establecido en el **artículo 21** son documentos públicos o de titularidad pública, conceptos ambos que se vuelven a entremezclar. En efecto, la actual redacción “*derecho a acceder a los documentos de titularidad pública*” habilita el acceso a los documentos de carácter privado de los que las entidades públicas sean titulares; por el contrario, impide el acceso a documentos públicos cuyos titulares sean personas privadas que no reúnan los requisitos del artículo 21.1. Lo mismo cabe señalar en relación al artículo 23.1. No obstante, en relación a lo anterior se han de traer a colación los artículos 12 y 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, los cuales parecen expresar otra cosa.

Así, y una vez aclarado tal extremo, convendría adecuar, en el sentido correspondiente, tanto el título del Título III “*Del acceso a los documentos públicos y al patrimonio documental*”, como el del propio artículo -“*Derecho de acceso a los documentos*”-.

Asimismo, y en lo que a la representación se refiere (artículo 21.1), deberá ajustarse, en su caso, tanto a lo dispuesto en la referida Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, así como en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En otro orden de cosas, el artículo prevé el derecho de acceso a los documentos y al Patrimonio Documental de Euskadi que *se custodien en los servicios de archivo de las entidades*

comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 2. Sin embargo, y si bien el Anteproyecto de Ley define en el artículo 3 conceptos como “*nivel de archivo*” o “*sistema de archivo*”, lo cierto es que no proporciona una definición de “*servicios de archivo*”, la cual se estima necesaria para la adecuada comprensión e interpretación tanto de este como del resto de artículos comprendidos en el mismo Título III.

Entrando en materia, la justificación y alcance de este Título ha de encuadrarse en la previsión del artículo 105.b) de la CE y en la regulación que con carácter básico contempla la LPACAP en sus artículos 13 y 53, así como en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Conforme se deduce del artículo 105.b) CE, se trata de un derecho de configuración legal que, por tanto, requiere para su regulación una norma de rango legal.

Por su parte, este derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocidos en el citado artículo 105 b. CE, no solo es uno de los instrumentos que permiten hacer efectivas las garantías del ciudadano frente al ejercicio de las prerrogativas de las que goza la Administración, sino también un mecanismo de control de la actuación administrativa que se revela del siguiente modo: por un lado, en la posición del interesado en relación a su derecho a conocer en cada momento el estado de tramitación del procedimiento por otro, y de un modo más general, al reconocer el derecho de los ciudadanos a ser informados del funcionamiento de las Administraciones públicas.

En este sentido cabe señalar, por tanto, que el ejercicio del derecho de acceso vendrá determinado por el estado en el que se halle el procedimiento. Así, en los procedimientos en tramitación quedará reservado a aquellas personas que acrediten su condición de interesadas en el procedimiento (art. 53 Ley 39/2015). Por el contrario, en los procedimientos ya concluidos, cualquier persona podrá ejercitarlo en los términos previstos en la Ley 19/2013 y en el resto del Ordenamiento Jurídico [art. 13.d) Ley 39/2015].

Además, tal como viene entendiendo la Doctrina, el derecho de acceso se haya vinculado, entre otros, al principio de transparencia. Sin embargo, éste no es un principio absoluto, ya que en la actividad de la Administración hay múltiples parcelas sometidas al secreto profesional cuya salvaguarda y garantía se configura como una auténtica obligación o deber de los funcionarios y del personal al servicio de la Administración Pública. De hecho, la propia Constitución permite a la Administración titular del archivo o registro correspondiente denegar en determinados supuestos el acceso a los mismos. Las causas de esas limitaciones en el ejercicio del derecho de acceso se fundan a su vez en principios constitucionales reconocidos como de valor preeminente respecto de aquel, tales como la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas [artículo 105.b) CE]

Tampoco el Anteproyecto de Ley objeto de informe hace referencia alguna a la protección de los datos personales. En relación a ello cabe apuntar que la protección de los datos personales obrantes en ficheros se rige por las previsiones contenidas en la normativa de protección de datos de carácter personal (Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de

Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; reglamentos de desarrollo), no obstante, los datos personales concernientes a personas fallecidas quedan fuera de tales normas:

Considerando 27 del citado Reglamento europeo: *“El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”*.

Artículo 3 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre:

“Esta ley orgánica no será de aplicación (...):

b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 (...).”

Al hilo de lo anterior procede recordar también el artículo 57.1.c) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: *“Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar o a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos”*.

En el **artículo 22.2** habría de escribirse con minúscula la palabra “así mismo”, situada tras el punto y coma.

El **artículo 23.4** deja para un momento posterior y por vía reglamentaria la regulación del procedimiento de acceso a los documentos. Esta remisión en blanco al reglamento para regular el procedimiento de acceso supone una deslegalización de la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (artículo 105 CE). El propio Tribunal Constitucional ha declarado al respecto que toda operación deslegalizadora supone la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la ley deslegalizadora, de tal manera que a partir de ésta, y en su virtud, pueda ser regulada por normas reglamentarias. La deslegalización, en esencia, no es más que una remisión en blanco al reglamento por parte de la ley, que manifiesta la voluntad del legislador de abandonar la regulación de la materia deslegalizada a las normas reglamentarias, y, por lo tanto, a la voluntad administrativa. Por ello, y habida cuenta de que por imperativo del citado artículo 105 de la Carta Magna se trata de una materia reservada a la Ley, se considera necesario regular en este Anteproyecto de Ley el procedimiento de acceso a los documentos, sin perjuicio de su desarrollo posterior por vía reglamentaria.

En relación a lo dispuesto en el **artículo 24.2** sobre las posibles contraprestaciones económicas a las que podría quedar sujeta *la expedición de copias o certificaciones y la transposición a formatos o soportes distintos al original*, al menos, en lo que al sector público de



la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere, habrá de estarse a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1/2007, de 11 de septiembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Dicho Decreto, en concreto su Capítulo II, establece dentro de las tasas por servicios administrativos, la expedición de *copias auténticas, autenticadas y compulsadas*. Por el contrario, nada se regula respecto de la emisión de certificaciones y la transposición a formatos o soportes distintos al original.

Al respecto cabe recordar que las *“tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”* (artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Por su parte, el artículo 31 de la Constitución Española, en su apartado 3, establece el principio de legalidad tributaria y dispone que *“sólo podrán establecerse prestaciones personales y patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.”*

Así, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1/2007, de 11 de septiembre, en consonancia con tal exigencia constitucional, recoge el referido principio de legalidad en cuanto a la creación, regulación y el establecimiento de los elementos esenciales de nuevas tasas, considerándose, por tanto, que éste sería el momento adecuado para regular tal cuestión.

En relación a los derechos y obligaciones de las personas solicitantes (**artículos 25 y 26**) procede hacerse una observación desde el punto de vista normativo, en el sentido de que en su mayoría reproducen derechos ya recogidos en la legislación básica que son de aplicación e invocación directa, por lo que debería de evitarse su reproducción en la medida de lo posible, tal y como indica la Doctrina de la COJUA.

En otro orden de cosas, y en lo que al ámbito competencial se refiere, conviene recordar lo descrito anteriormente. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ya dictaminó en su STC 103/1988 que, aun admitiendo la estrecha relación existente entre la calificación de documentos y la ordenación de los archivos con relación a la organización, protección y definición del patrimonio documental, la regulación sustantiva de los archivos que dicte la Comunidad Autónoma deberá dejar a salvo a los archivos de titularidad estatal, por virtud de la competencia exclusiva estatal *ex* artículo 149.1.28 CE, incluso aunque éstos custodien fondos que la ley autonómica declara como pertenecientes a su propio patrimonio documental. Dicha doctrina constitucional, aplicable también a la CAPV, debe hacerse además extensiva a los archivos de titularidad de los Territorios Históricos, ya que la LTH los excluye del ámbito de su regulación, al igual que a los archivos de titularidad del Estado. Y también a los archivos donde se custodian documentos del patrimonio documental vasco situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.

En lógica consecuencia, y atendiendo a la distribución competencial vigente, el régimen de acceso previsto en el Anteproyecto de Ley remitido, únicamente sería de aplicación en el caso de la documentación ubicada en los archivos que no sean titularidad del Estado ni de

los Territorios Históricos, sin perjuicio de la normativa de carácter básico que regula la materia.

> TITULO IV (ARTÍCULOS 27 a 45): “ARCHIVOS DE EUSKADI”

CAPITULO I: “Del Sistema de Archivos de Euskadi”

Los **artículos 27 a 35** del Anteproyecto regulan el Sistema de Archivos de Euskadi, ya configurado en la Ley 7/1990, de Patrimonio Cultural Vasco (artículo 78 al 81) y el cual se erigía como el conjunto organizado de órganos y archivos para llevar a cabo las tareas de dirección, planificación, coordinación, ejecución e inspección de la gestión de los documentos del Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma de Euskadi. De este Sistema de Archivos la LPCV excluía los servicios de archivo de titularidad del Estado y de los Territorios Históricos existentes en la Comunidad Autónoma, pudiendo quedar integrados en el mismo mediante la suscripción de convenios para con el departamento con competencias en materia de cultura del Gobierno Vasco.

El **artículo 27** del Anteproyecto de Ley que ahora se informa define el Sistema de Archivos de Euskadi como el espacio común de cooperación y coordinación archivística de los archivos de Euskadi, disponiendo que el mismo se halla “*integrado por los archivos de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley*”, incluyéndose, por tanto, los archivos titularidad de los Territorios Históricos. Además, dispone que el Sistema se halle adscrito a la Dirección de Gobierno Vasco competente en materia de archivos y patrimonio documental (artículo 27.3).

Por su parte, el cuarto párrafo del artículo 27 señala que para la cooperación y coordinación de la gestión documental en el Sistema de Archivos de Euskadi se crean tres órganos: órgano gestor del Sistema de Archivos de Euskadi; Consejo de Archivos de Euskadi; la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi.

Con carácter previo, y habida cuenta de que el Anteproyecto de Ley viene a crear estas nuevas estructuras internas, ha de recordarse que, tal como reza el artículo 11.3 de la LRJ-PAC “*no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos*”. Y es que en la actualidad existen órganos que bien pudieran venir desempeñando funciones de contenido, si no igual, sí muy similar a las ahora atribuidas a cada uno de ellos. Se trata, por un lado, de la Comisión de Valoración y Selección de Documentación (COVASED), órgano colegiado interdisciplinar que tiene por objeto elaborar y homogeneizar los criterios generales de evaluación y selección de documentación, proponerlos para su aprobación y controlar su correcta aplicación, creada mediante Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueban el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras de Patrimonio Documental. Por otro, la Comisión de Valoración, Selección y Acceso de la Documentación (COVASAD), creada mediante Decreto 174/2003, de 22 de julio, de organización y funcionamiento del Sistema de Archivos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, encargada de analizar todas las tipologías y series documentales generadas por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi; es más, el propio Decreto la denomina “órgano asesor” (artículo 13).

En este sentido, también se ha de traer a colación el Plan Estratégico de Gobernanza e Innovación Pública-PEGIP 2020, aprobado en el Consejo de Gobierno el 12 de diciembre de 2017, el cual, y en concreto su Eje de adecuación organizativa, ha visto en la creación del Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales (artículo 83 LILE) una oportunidad para la revisión de la constelación de órganos sectoriales de similar configuración existentes hasta la fecha, con el fin de racionalizar, simplificar y dotar de mayor transparencia a la Gobernanza multinivel, evitando repeticiones innecesarias. En ese sentido, el Eje incluye el proyecto “Evaluación y mejora de los órganos colegiados y Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales” cuyo objetivo estratégico es: por un lado, la racionalización y mejora de los órganos consultivos dependientes de la Administración General de Euskadi y su Administración institucional; por otro, la materialización de las funciones del Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales. Todo ello para que sean instrumentos útiles, eficaces y eficientes en la definición, ejecución y evaluación de las políticas públicas de forma participativa. Así, en el marco de dicho proyecto se prevé la ejecución de un Plan de Actuación para mejorar las funciones participativas, consultivas y de coordinación en las políticas públicas que impliquen a varios niveles de las Administraciones Públicas vascas, partiendo de una reflexión conjunta y participativa de todas las organizaciones implicadas y de una evaluación y diagnóstico de las fortalezas y las debilidades del escenario actual.

Todo lo anterior obliga, por tanto, a que la Dirección justifique en su Memoria la creación de los órganos contemplados en el artículo 27.4 del Anteproyecto y de la Dirección del Sistema de Archivos de Euskadi del artículo 28, y explique si dicha creación supone la extinción de los ahora existentes; si los unos van a ser complementarios de los otros, y en su caso, su adecuación a los ejes de actuación establecidos en esta Administración a fin de lograr una estructura más eficiente y eficaz. Todo ello, sin perjuicio del análisis que respecto de esta cuestión se haya podido realizar en la Memoria económica que ha de acompañar al Anteproyecto de Ley y que no obra en el expediente, así como de la incidencia presupuestaria que pudiera tener su creación. Igualmente, es preciso recordar que el régimen jurídico aplicable a estos órganos habrá de ajustarse a lo previsto en el artículo 15 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Al margen de lo anterior, y en lo que al órgano gestor del Sistema de Archivos de Euskadi se refiere, el **artículo 29** se limita a señalar cuál es su cometido y a establecer las funciones que le competen. En efecto, el Anteproyecto de Ley no prevé ni su composición, ni su funcionamiento; tampoco si es un órgano unipersonal o colegiado, ni su modo de designación; nada se contempla sobre su incardinación en la estructura administrativa. Por tanto, dicho artículo deberá ser completado.

En cuanto a las funciones que se le encomiendan, deviene necesario aclarar y concretar el significado de “*elaborar y coordinar la gestión documental*”, fundamentalmente en lo que a la “*elaboración*” de la gestión documental se refiere: resulta difícil comprender qué se quiere expresar indicando que ése es el órgano que elabora la gestión documental. De cualquier modo, y tal como se ha sugerido en numerosas ocasiones, una definición clara y concisa del concepto “*gestión documental*” ayudaría a entender mejor el Anteproyecto en general y dicho cometido en particular.

Además, el apartado c) establece como función de dicho órgano el “*gestionar la base de datos de información sobre la valoración y selección de documentos a las que se refiere el apartado 3 del artículo 14 de la presente Ley*”. Sin embargo, el artículo 14 carece de apartado 3, y los demás no hacen referencia alguna a la base de datos aludida. En consecuencia, habrá de revisarse la redacción de ambos artículos (artículos 29 y 14) y dotar al texto de la coherencia necesaria para su comprensión. Igualmente, en la letra d) se menciona el *Portal de Archivos de Euskadi*, del cual no se facilita una definición ni ninguna otra referencia a lo largo de todo el texto normativo. Convendría definir el mismo o remitir a la normativa que, en su caso, lo regule.

El **artículo 30**, y en concreto su apartado 2, señala:

“2. Le corresponde informar sobre cualquier norma que afecte a las funciones de la gestión documental y de los archivos, así como a las declaraciones de Patrimonio Documental de Euskadi y en los informes relativos al derecho de tanteo”.

De su literalidad se desprende, por tanto, que al Consejo de Archivos de Euskadi, en materia de patrimonio documental, únicamente le corresponde informar sobre las normas que afecten a las declaraciones de Patrimonio Documental.

Sin embargo, habida cuenta del informe previsto en el artículo 17.2 c) y del que nada se indica en este artículo, surge la duda de si su redacción es fiel a la verdadera intención de la Dirección promotora a la hora de establecer las funciones de dicho órgano. En el caso de que así fuera, habría de adecuarse la redacción y sustituir la preposición “a” por “sobre”, quedando dicho apartado como sigue:

“2. Le corresponde informar sobre cualquier norma que afecte a las funciones de la gestión documental y de los archivos, así como sobre las declaraciones de Patrimonio Documental de Euskadi y en los informes relativos al derecho de tanteo”

En el **artículo 31**, relativo a la composición del Consejo de Archivos de Euskadi, se recomienda mejorar la redacción del apartado iii) a fin de dotarle de una mayor claridad; por ejemplo: “*tres personas designadas por cada una de las Diputaciones Forales con dedicación específica en archivos*”. Igualmente, habría de especificarse las asociaciones profesionales a las que se refiere el punto vi) de dicho artículo.

En relación al apartado d) cabe señalar que ni la Asesoría Jurídica, ni la Dirección correspondiente poseen personalidad jurídica, por lo que habrá de revisarse su redacción, debiéndose indicar, por ejemplo: “*una persona designada por la Dirección de Patrimonio Cultural de entre el personal técnico de la Asesoría Jurídica del Servicio Registro de la Propiedad Intelectual y Asesoría Jurídica de Patrimonio Cultural del departamento con competencias en materia de cultura del Gobierno Vasco con voz pero sin voto, que realice las funciones señaladas en el artículo 16 y demás concordantes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*”.

En el artículo 31.3 habrá de añadirse al final del mismo “o su renovación”.

El **artículo 33** regula la Comisión de Valoración, Selección y acceso a los Documentos de Euskadi, siendo preciso aclarar el cometido que se le atribuye en la letra) del punto 2. En efecto, en él se le atribuye la siguiente tarea: *“analizar y validar las propuestas de los calendarios de conservación de las series y documentos presentados por las citadas entidades (entidades comprendidas en el ámbito de aplicación), y por ende, determinar los documentos que se conservarán o eliminarán, total o parcialmente, y si pueden ser sustituidos por copia electrónica auténtica que permita destruir sus originales en papel”*. Poniendo el contenido de este apartado en relación con lo dispuesto en el artículo 11, resulta un tanto confuso, ya que en aquel se obliga a que *todas las instituciones públicas creen sus propias comisiones de valoración selección y acceso a los documentos*, entrando en juego la Comisión de Valoración, Selección y acceso a los Documentos de Euskadi sólo en defecto de aquellas. Por tanto, habrá de revisarse la redacción del texto de manera que lo dispuesto en ambos artículos sea congruente.

Igualmente, el artículo 33.2.e) indica la función de *“informar sobre las reclamaciones por denegación de acceso a los documentos”*. A tal efecto, no queda claro a que se refiere el artículo con el término “reclamación”, si son recursos administrativos contra solicitudes de acceso a documentos, u otro tipo de escritos formulados, por lo que deberá de concretarse tal aspecto.

En cuanto a su composición (**artículo 34**), cabe advertir que la designación por parte de la Dirección del Gobierno Vasco en materia de archivos y patrimonio documental de dos personas con dedicación profesional específica en materia archivos habría de ceñirse a las entidades competencia de aquel, y no a todas las señaladas en el artículo 2. En consecuencia, habría de revisarse dicho artículo en aras a respetar la potestad de autoorganización de cada entidad. Además, se ha de remitir a lo expuesto anteriormente al analizar el artículo 31 d) en relación a las personas a designar por la Dirección de Patrimonio Cultural.

En el apartado 34.3, se recomienda añadir “o su renovación”.

Finalmente, habida cuenta de la similar composición del Consejo Asesor de Archivos, así como de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi, de la existencia a día de hoy de órganos con funciones similares, y de los objetivos marcados en la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca en aras a la racionalización y estructuración organizativa eficiente, la Dirección Promotora habría de reflexionar sobre la posibilidad de fusionar aquellos dos órganos en uno, o en asignar a los existentes nuevas funciones acordes a la Ley que se propone. En cualquier caso, se ha de insistir en que la proponente habrá de justificar en su Memoria la solución adoptada, con independencia de cuál sea, así como explicar cuál sería el devenir de los órganos existentes a día de hoy, tales como los anteriormente citados COVASED o COVASAD.

En lo que a los acuerdos de la Comisión se refiere, el **artículo 35 d)** viene a establecer un procedimiento para su adopción. En efecto, dichos acuerdos quedan condicionados a su publicación y aceptación por parte de la ciudadanía, elevándose únicamente a definitivos una vez aceptadas o rechazadas las alegaciones realizadas, en su caso, por dicha ciudadanía.

Es decir, aquellos o son propuestas de acuerdo o son acuerdos provisionales, pero no acuerdos como tales.

CAPITULO II: “Del Sistema de Archivos del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi”

Como cuestión preliminar, cabe señalar que sería interesante unificar y determinar varios de los conceptos empleados a lo largo de los artículos recogidos en el presente Capítulo, que aunque resultan similares a otros sí definidos son diferentes: sistema de gestión; servicio de gestión; archivos de gestión; archivos de oficina.

En relación **artículo 36.2**, se considera que la excepción expresa que se hace en el mismo del Archivo Histórico de Euskadi se halla fuera de lugar, pues de la misma manera que no se excluye expresamente a otros organismos que forman parte del Sistema de Archivos (los que forman parte del Sector Público citados en el artículo 38 del Anteproyecto, por ejemplo) tampoco habría de realizarse respecto de aquel. Además, indicar en el articulado que ello es así porque el ámbito de actuación del Archivo Histórico de Euskadi es más amplio que el del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, no es sino una explicación no normativa que en caso de querer darse debiera de figurar en el Memoria justificativa, o a lo sumo, en el Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley.

El **artículo 40** crea y adscribe al Departamento del Gobierno Vasco en materia de archivos y patrimonio cultural el Archivo Histórico de Euskadi. Ahora bien, de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta del Anteproyecto de Ley, el Archivo Histórico de Euskadi, vendrá a asumir las funciones del Centro de Patrimonio Documental de Euskadi (IRARGI). Por tanto, no se estaría creando un organismo ‘ex novo’ ya que el Archivo Histórico de Euskadi vendría a adoptar si no son todas, sí parte de las funciones que ya viene desarrollando la Dirección de Patrimonio Cultural (IRARGI, Bergara), la cual cuenta con más de 25 años de ejercicio.

No obstante, su creación estaría amparada en el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que otorga competencias de “*Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno*” y la potestad de autoorganización de la Administración Pública, reconocida en el artículo 5.2 de la LRJS: “*corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización*”.

Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 40 recogen algunas de las finalidades del referido Archivo, las cuales se propone trasladar al punto 6 del mismo artículo, en el que se recogen las funciones del mismo; todo ello, en aras a dotar al texto del mayor orden y claridad posible. Además, se ha de señalar que algunas de ellas más que finalidades podría decirse que son funciones.

Por su parte, y sin perjuicio del informe que se emita por la Dirección de Función Pública, en relación al artículo 40.5 se ha de señalar que la asignación del puesto de responsable del Archivo, al cual se le atribuye la categoría de subdirector, habrá de proveerse, en su caso, conforme lo dispuesto en la Ley 6/1989, de 6 de Julio, de la Función Pública Vasca, y en concreto, mediante el sistema de libre designación (artículo 46.3 LFPV).

En cuanto a las implicaciones económicas y afectación a las estructuras internas del Departamento no son objeto de este informe jurídico, por lo que para su análisis ha de prestarse atención a la Memoria económica que haya de realizar el servicio promotor de la iniciativa y a la valoración que se haga por los servicios presupuestarios de este Departamento, así como por la propia Oficina de Control Económico-Normativo de esta Administración.

CAPITULO III: “De los archivos de los Órganos Forales y de los Archivos Históricos Provinciales”

Con carácter previo, y habida cuenta de que en este capítulo se establecen las líneas dentro de las cuales resulta de aplicación el presente Anteproyecto de Ley para con los archivos titularidad de los Territorios Históricos y del Estado, es preciso sugerir a la Dirección promotora que reflexione si su ubicación es la más adecuada. Efectivamente, dada la compleja distribución competencial existente en relación a esta materia, se considera que su inserción en un momento anterior (al regular el ámbito de aplicación, por ejemplo) ayudaría a esclarecer la aplicación que aquellos deben de hacer de esta Ley. A tal efecto, deviene necesario remitir una vez más a las exposiciones realizadas a lo largo de este informe en relación a la distribución competencial existente a día de hoy en la materia, la cual habrá de ser objeto de respeto absoluto.

En cuanto a los puntos 1 y 2 del **artículo 41**, y sin perjuicio de lo que los órganos forales de los diferentes Territorios Históricos pudieran alegar al respecto en trámite de audiencia, merece apuntar que la distinción que se realiza en el citado artículo entre Diputaciones Forales y Juntas Generales es improcedente, pues la LTH, en su artículo 7, atribuye las competencias en exclusiva a los Territorios Históricos, y no a los órganos forales.

Asimismo, el punto 3 del artículo deja en manos de las Diputaciones Forales el desarrollo y ejecución del Título I del Anteproyecto de Ley “De los documentos y archivos públicos”, el cual habrán de llevar a cabo en “su ámbito de competencia”.

En definitiva, el artículo 41 es la mejor evidencia de que la voluntad del presente Anteproyecto de Ley es mantener el reparto competencial establecido por el legislador en la LTH. Sin embargo, la falta de orden y concreción con la que la Ley ha sido redactada al respecto, así como de la ausencia de una argumentación al respecto tanto en la Memoria justificativa como en la Exposición de Motivos, dificulta la comprensión, en numerosas ocasiones, de cuál es el alcance de aplicación para con los órganos de los Territorios Históricos

Es el caso del artículo 41.4, el cual ofrece a los órganos forales la posibilidad de establecer mecanismos de colaboración para con el Sistema de Archivos de Euskadi. Tal como dispone el artículo 27 del Anteproyecto de Ley, dicho sistema está *integrado por los archivos de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley*, entre las que ya se encuentran las Diputaciones y Juntas Generales, por lo que parece contradictorio que las mismas tengan que establecer mecanismos de colaboración con dicho sistema. Por consiguiente, habrá de aclararse y determinarse con precisión cómo se conforma el Sistema de Archivos de Euskadi, para lo cual, y una vez más, no queda sino remitir a las

exposiciones realizadas a lo largo de este informe en cuanto a la distribución competencial existente a día de hoy en la materia de archivos, y que habrá de ser objeto de absoluto respeto.

El **artículo 42** hace referencia a los Archivos Históricos Provinciales, en los que habrá de depositarse la documentación generada por las delegaciones de la Administración del Estado cuyo ámbito de actuación sea la Comunidad Autónoma Vasca. Se estima que tal obligación, así contemplada, parece poco respetuosa con las competencias exclusivas que posee el Estado sobre su propia documentación y sobre los archivos de su titularidad: primero, porque tal obligación se extiende a cualquier documento (no sólo a aquel que pueda ser susceptible de ser considerado Patrimonio Documental de Euskadi, cuestión sobre la que sí tiene competencia la Comunidad Autónoma Vasca); segundo, porque la Ley, de acuerdo con su artículo 2, no sería de aplicación a la Administración del Estado.

CAPITULO IV: “De los archivos de las Entidades Locales”

En primer lugar, surge la duda de si el citado capítulo se refiere a los archivos, o a los sistemas de archivo de las entidades locales, ya que si bien el título tanto del propio capítulo como del artículo 43 hacen referencia a los “archivos”, en el contenido del artículo no se hace mención a éstos sino a los “sistemas de archivo”-regulados en el artículo 13 y siguientes del Anteproyecto de Ley-. En tal caso, se considera conveniente agrupar, o al menos relacionar los citados preceptos, a fin de proporcionar al texto de mayor claridad y orden, así como para evitar duplicidades (el punto 1 del presente artículo y lo preceptuado en el artículo 13 vienen a tener el mismo significado).

Por su parte, en materia de organización municipal, la doctrina jurisprudencial ha señalado que el orden constitucional de distribución de competencias se funda en la existencia de tres ámbitos normativos diferentes correspondientes a: la legislación básica del Estado (artículo 149.1.18 CE), la legislación de desarrollo de las CCAA según los respectivos Estatutos y la potestad reglamentaria de los municipios inherente a la autonomía que la Constitución les garantiza en el referido artículo 140. Es claro, por tanto, que la potestad de autoorganización [artículo 4.1 a) LBRL] ha de ejercitarse en el marco de los límites establecidos en la legislación estatal y en las legislaciones de desarrollo de las Comunidades Autónomas que no pueden, no obstante, invadir ni desconocer la potestad de autoorganización que la Constitución garantiza a la instancia municipal.

Por ello y a pesar de la plena legalidad de la integración de los servicios de archivo municipales en el Sistema de Archivos de Euskadi y de la aplicación a los mismos de los requisitos y exigencias que de ello se derivan, tal integración no puede suponer un menoscabo del margen de autonomía local que dichas entidades disponen y que el Anteproyecto ha de salvaguardar en todo caso. En este sentido, el apartado 4 se considera que vulneraría dicha potestad de autoorganización.

Asimismo, y si bien es cierto que entre las materias que cita el artículo 17 LILE ninguna lo es en materia de archivos, también lo es que dicho artículo establece que los municipios podrán ejercer competencias propias en materia de ordenación y promoción de la cultura, así como de protección, gestión y conservación del patrimonio histórico municipal.

Competencias que habrán de ser respetadas y ejercitadas conforme al actual reparto de competencias, el cual ya ha sido objeto de análisis al inicio del presente informe.

En el apartado 44.2, a la palabra “dicha” se le ha de añadir la letra s.

> TÍTULO V (ARTÍCULOS 45 a 48): “DE LOS ARCHIVOS PRIVADOS”

El **artículo 45** considera archivos privados a los fondos documentales radicados en la CAPV, pertenecientes a las personas en él indicadas. Tal redacción supone que aquellos fondos ubicados en un territorio diferente, aun siendo, o pudiendo ser, Patrimonio Documental de Euskadi conforme el artículo 17, quedarían al margen de la presente Ley. Por ello, y al amparo de la ya analizada STC 103/1988, de 8 de junio, en virtud de la cual la Comunidad Autónoma tiene competencia para definir los documentos que han de integrar su patrimonio documental con independencia de quién sea el titular de los mismos y del archivo en el que se hallen, se recomienda modificar la redacción de este precepto.

El **artículo 46** regula los derechos y obligaciones de las personas titulares de archivos privados que integran el Patrimonio Documental. Ahora bien, en aras a la protección de dicho Patrimonio Documental, surge la duda de cuáles son los derechos y, sobre todo, las obligaciones de aquellas respecto de los archivos, entendidos como conjunto de documentos, antes de su integración en el Patrimonio Documental de Euskadi.

Respecto del apartado b) de dicho artículo, resulta un tanto discriminatorio que únicamente se contemple tal posibilidad para las personas físicas y entidades privadas sin ánimo de lucro, impidiéndose así la concurrencia del resto de personas a las posibles convocatorias que tengan lugar; máxime cuando el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en su artículo 49 establece, entre otros, el siguiente principio de la actividad subvencional: *“La concesión de ayudas y subvenciones se efectuará conforme dispongan las correspondientes normas reguladoras, que deberán asegurar la libre concurrencia de todos aquellos que reúnan los requisitos que establezcan, facilitando el acceso a la misma en un plano de igualdad”*. Por esa razón, se estima necesario que la Dirección promotora explique tal extremo en su Memoria.

Por su parte, el contenido del apartado 46.d) resulta incoherente con lo dispuesto en el ya comentado artículo 19. Mientras en este se indica que *“en caso de enajenación cualquier administración pública podrá ejercer el derecho de tanteo y retracto”*, en el artículo 19, dicho derecho parece quedar reservado al Departamento competente en materia de archivos y patrimonio documental. Por ello, y tal como se ha indicado al analizar el citado artículo 19 - al cual se remite-, se habrá de determinar con claridad quién o quiénes son los titulares de estos derechos de adquisición preferente, y en su caso, las personas beneficiarias de los mismos.

En el **artículo 47** el Anteproyecto de Ley define los archivos de interés público como *aquellos que reciben subvenciones de las administraciones públicas destinadas a su conservación, tratamiento y difusión de fondos*. Sin embargo, a criterio de esta Asesoría Jurídica, un archivo no debería ser declarado de interés público en función de si recibe o no una ayuda, si no en

virtud del correspondiente procedimiento de declaración. Por ello, se invita a la Dirección promotora a que reflexione sobre ello, y a que, en su caso, regule el procedimiento y las condiciones que han de reunir los archivos para ser declarados de “interés público”. Así, y solo una vez sean declarados de interés público podrán ser beneficiarios, en su caso, de las ayudas pertinentes, así como ostentar los derechos y obligaciones correspondientes.

Además, resulta contradictorio que en este artículo se vincule la declaración de interés general con la percepción de ayudas, y en el artículo anterior (artículo 46) se limite la posibilidad de concurrir a las convocatorias de ayudas a las personas físicas y las personas sin ánimo de lucro, impidiéndose, por tanto, que el resto de personas jurídicas -archivos- puedan ser declaradas de interés general.

En relación al **artículo 48** se recomienda redactarlo de un modo potestativo, no imperativo, para lo que se sugiere sustituir el verbo “*establecerán*” por “*podrán establecer*”.

> TÍTULO IV (ARTÍCULOS 49 a 60): “DEL RÉGIMEN SANCIONADOR”

CAPÍTULO I “Infracciones”

El título IV regula a lo largo de once artículos el régimen sancionador aplicable a la materia objeto de regulación, y su examen se realiza atendiendo principalmente al artículo 25 de la Constitución, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y a la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La inclusión de este Título responde a la necesidad de cubrir un vacío legal existente en la materia, ya que el hecho de no haber sido abordado para su específica tipología por la aún vigente Ley de Patrimonio Cultural Vasco, impedía la imposición de sanciones por las conductas ahora señaladas, con el consiguiente menoscabo para su eficaz protección.

En primer lugar, cabe hacer constar que la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco en patrimonio documental y archivos faculta a ésta para dictar disposiciones sancionadoras; ahora bien, con las limitaciones que más adelante se indicarán. Conforme a la doctrina constitucional, las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostentan competencias y, en su caso, pueden regular infracciones y sanciones ateniéndose a los principios básicos del ordenamiento estatal; eso sí, sin introducir divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, por exigencia derivada del artículo 149.1.1. CE.

También tienen competencia en tales casos para establecer el procedimiento para ejercer su potestad sancionadora en la materia, con la peculiaridad de que la Ley 2/1988, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha establecido un procedimiento con unas reglas generales y un iter formal igualmente hábiles para el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de cualquier materia (DCJA 75/2006).

El ejercicio de dicha potestad sancionadora halla sus límites en el propio postulado del artículo 25 de la Constitución, que insta los principios de tipicidad y reserva de ley. El principio de legalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se desenvuelve -SSTC 219/89, 61/90, 83/90 y 93/93 entre otras muchas- en dos vertientes: una formal, que se suele denominar exigencia de reserva legal y que significa que ha de venir regulada en ley formal -en la actualidad principio recogido en el artículo 25 LRJSP, y otra material, conocida de ordinario como mandato de tipificación legal, artículo 27 LRJSP.

Dicho de otro modo, al ser la potestad punitiva, dentro de las que disponen los poderes públicos, una de las que más gravemente afectan a la situación básica de las libertades de la persona, el Derecho pone límites especiales a su ejercicio y así el artículo 25.1 CE consagra el principio de legalidad en materia sancionadora, incorporando la garantía material (predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sus sanciones) y la garantía formal (sólo la Ley puede normar dicho contenido).

Tal y como viene reiterando la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi “... *integra el derecho fundamental de los ciudadanos, configurado por el artículo 25.1 CE, que sea la Ley la que establezca, con carácter previo al ejercicio de dicha potestad punitiva, un régimen jurídico que delimite en forma clara las conductas prohibidas y la sanción que puedan llevar aparejada*”.

El mandato de tipificación se desarrolla en dos planos sucesivos: primero, ha de determinar la ley cuáles son las conductas que se consideran infracción administrativa (artículo 25 LRJSP) y, luego, ha de atribuir a cada una de las infracciones la sanción que corresponde (artículo 27 LRJSP). En esta operación no se descarta -SSTS 83/84, 87/85 y 2/87 entre otras muchas- la "colaboración" reglamentaria (artículo 27.3 LRJSP), para precisar conceptos de mayor amplitud comprensiva y eliminar el riesgo de inseguridad jurídica, pero siempre que no se creen regulaciones independientes y no claramente subordinadas a la Ley. La doctrina constitucional admite, por lo tanto, la colaboración reglamentaria en el ámbito del derecho sancionador, pero para que la misma sea constitucionalmente admisible reclama, en síntesis, que sea la Ley la que contenga el núcleo de la conducta prohibida con la certeza exigida por el citado artículo 25.1 CE. El reglamento tiene prohibida la creación de tipos o sanciones no previstas en la Ley.

En este mismo sentido, y a tenor de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de la Potestad Sancionadora, en aras a un elemental principio de seguridad jurídica, las leyes configuradoras de regímenes sancionadores deberán tipificar las infracciones con la mayor precisión posible, evitando tipificar infracciones con idéntico supuesto de hecho que los delitos o faltas penales o que las infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

Asimismo, resulta esencial mencionar el principio de proporcionalidad (artículo 29 de la LRJSP), en cuanto integrador del elenco de principios que deben orientar la determinación normativa del régimen sancionador. De este modo, tal y como preceptúa el artículo 11.1 de la Ley de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la CAPV, “*Las normas configuradoras de los distintos regímenes sancionadores fijarán las sanciones que correspondan a cada infracción o categoría de infracciones, en atención al principio de proporcionalidad, considerando tanto la gravedad y naturaleza de las infracciones como las*



peculiaridades y finalidad de la regulación material sectorial de que se trate, y procurando que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más benéfica para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

Partiendo de estos principios básicos de la potestad sancionadora, se procede a ahondar en el contenido del Anteproyecto en este aspecto, en relación al cual y en primer lugar, ha de realizarse la siguiente premisa competencial:

Tal como ha dictaminado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, las comunidades autónomas se encuentran legitimadas para dictar normas sancionadoras en aquellas materias sobre las que tengan competencias, siempre y cuando respeten las garantías constitucionales exigidas en el artículo 25.1 de la CE y no resulten desproporcionadas para con el régimen sancionador aplicable en otras partes del territorio. Señala además que la competencia ejecutiva conlleva la potestad sancionadora en la materia sobre la que se ejerce (SSTC 104/2013, entre otras).

Esto obliga a traer a colación lo ya expuesto sobre la distribución competencial entre las instituciones comunes y los territorios históricos, y a tener presente que, de acuerdo con lo anterior, son éstos quienes tienen la potestad sancionadora en materia de Patrimonio Cultural, al ser ellos quienes tienen atribuidas las competencias de desarrollo normativo y ejecución en dicha materia conforme el artículo 7.b.5 LTH); lo mismo cabe señalar respecto de los archivos de sus titularidad, sobre los que ostentan competencias exclusivas. Esto es, en relación a las materias a las que se refiere la presente normas, y mientras no se modifique el reparto competencial marcado en la LTH, las instituciones comunes únicamente se encuentran legitimadas para dictar normas sancionadoras en materia de archivos que no sean titularidad ni de los Territorios Históricos ni del Estado, pues en las restantes son los órganos forales quienes por tener atribuidas competencias exclusivas, o de desarrollo y ejecución, las competentes para ello. En consecuencia, el título habrá de ser revisado a tales efectos.

Por otra parte, también se hace necesario señalar que en lo no previsto de forma específica en la regulación propuesta y, así, concretamente, en todo lo relativo al procedimiento administrativo, resulta plenamente aplicable la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la CAPV, en cuanto que en su artículo 1 prevé que *“se aplicará a todos los entes que ejerzan su potestad sancionadora en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en las materias en las que las instituciones comunes de ésta ostenten competencias normativas ...”*.

Dicho todo lo anterior, se pasa a analizar el articulado: el **artículo 49**, titulado *“Inspección e incoación del procedimiento de investigación”*, prevé la posibilidad de inspeccionar por parte de las Administraciones competentes, y de incoar procedimientos de investigación en caso de que apreciarse la vulneración de la Ley tramitada, o su normativa de desarrollo, o la existencia de actuaciones constitutivas de infracción.

En relación a las facultades inspectoras que pudieran corresponder a esta Administración, entendemos que sería necesario la correspondiente modificación del Decreto de estructura de este Departamento (Decreto 82/2017, de 11 de abril, por el que se establece la



estructura orgánica y funcional del Departamento de Cultura y Política Lingüística), ya que en dicho Decreto no está expresamente prevista la inspección en materia de patrimonio cultural. Asimismo, ya que se habla de la competencia para incoar el procedimiento de investigación debiera determinarse quién tiene encomendada dicha competencia.

Respecto al ejercicio de la labor inspectora, hemos de señalar que la consideración de agente de la autoridad a efectos de inspección exige la condición de funcionario público en virtud de la normativa general en materia de función pública. En este sentido el Dictamen de la COJUAE nº 023/2003:

“107. La función inspectora tiene como finalidad esencial garantizar el correcto cumplimiento de la normativa prevista en el Anteproyecto y en sus normas ...”

“108. Con dicha finalidad el apartado 1 del artículo 49 (“Régimen de inspección”), otorga a los inspectores la cualidad de autoridad pública a todos los efectos, sin determinación previa de las condiciones que deben ostentar las personas asignadas a dichos servicios.”

“109. La Comisión estima, conforme a lo indicado en su DJCA nº 97/2002, que la consideración de agente de la autoridad exige la condición de funcionario público en virtud de la normativa general en materia de función pública (artículo 19.2.e) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, siendo éste igualmente el criterio mantenido por la doctrina jurisprudencial.”

En otro orden de cosas, como ya se ha dicho, impera el principio de reserva de ley en materia de potestad sancionadora, y por ello convendría determinar quién tiene encomendada la competencia para la incoación, la instrucción y la resolución del procedimiento sancionador. En este sentido, el artículo 63 de la LPACAP establece que *“Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendarán a órganos distintos”*.

En este artículo 49 también se incluye expresamente el principio *non bis in idem*, estableciéndose que en caso de apreciar la concurrencia de indicios de carácter de delito o falta penal, se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo el procedimiento administrativo sancionador hasta que haya pronunciamiento penal. Asimismo, se establece que en caso de que exista sanción penal, ésta excluirá la imposición de la sanción administrativa, sin perjuicio de las medidas de reposición que pudieran imponerse, así como de la reparación o indemnización que pudiera corresponder. Dicha matización que se contiene en el Anteproyecto obedece, a criterio de esta Asesoría Jurídica, a una cuestión de suma importancia en la regulación de los regímenes sancionadores: el principio *non bis in idem* (art. 31 LRJSP y 18 Ley de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la CAPV). Esto es, ha de evitarse que una misma conducta pueda ser objeto de sanción conforme a normativas sectoriales diferentes en protección de un mismo bien jurídico y por el mismo motivo. El respeto a este principio impone la apreciación en la norma legal de forma precisa de los supuestos conceptuados como infracciones. Por otra parte, este principio ha de unirse al de seguridad jurídica que vincula

a todos los poderes públicos, afectando de manera especial a las normas que contienen disposiciones de carácter sancionador.

Sin embargo, hemos de señalar que no se prevé respecto de aquellas otras sanciones administrativas con las que pudiera haber identidad de sujeto, hecho y fundamento. En este sentido cabe citar el artículo 31 de la LRJSP, que establece que no podrán sancionarse no sólo aquellos hechos sancionados penalmente, sino también los sancionados administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Asimismo, el artículo 18 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, establece que:

“1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

2. Se entenderá que hay identidad de fundamento cuando:

a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando.

b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción. “

Al hilo de lo antedicho, y a los efectos de presentar el esquema completo del régimen sancionador aplicable, hemos de traer a colación diversos preceptos del Código Penal que regulan específicamente los daños a los bienes culturales, así:

Artículo 323: “Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.”

Artículo 324: “El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a cincuenta mil pesetas, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, atendiendo a la importancia de los mismos.”

El **artículo 50** define el concepto de infracción: *“constituyen infracciones administrativas en materia de Patrimonio Cultural las acciones u omisiones que supongan la vulneración de las obligaciones previstas en la presente Ley, en concreto las establecidas en los artículos 51, 52 y 53”*.

El artículo así redactado da lugar a dudas en cuanto a si sólo considera infracciones las tipificadas en los artículos 51, 52 y 53 o si cualquier acción u omisión que vulneren la presente Ley ha de calificarse de infracción. Por ello, se recomienda redactar el artículo de

manera clara, que no deje espacio a la duda. De no ser así, el Anteproyecto de Ley vulneraría la garantía material instaurada en el artículo 25.1 del CE, y que se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

En el artículo 50 también se declara la compatibilidad de las sanciones con la reparación de los daños causados, por lo que este artículo guarda relación con el artículo 58 que prevé la exigencia de reparación de daños y perjuicios.

Por tanto, en relación a este apartado ha de subrayarse la importancia que tiene la tipificación en el sentido de que se definan los tipos infractores de una manera clara y nítida.

Las infracciones administrativas específicas en materia de patrimonio cultural se dividen en leves (artículo 51), graves (artículo 52) y muy graves (artículo 53). En cuanto a las primeras, la letra b) del **artículo 51** debería ajustarse a la terminología empleada a lo largo del texto normativo: en primer lugar, parece más acertado hacer referencia a documentos públicos en lugar de *documentos de titularidad pública*; en segundo lugar, se recomienda sustituir la palabra *inventariar* por otra más acorde, ya que, salvo en el artículo 9.4, en los artículo 7 y 8 no se establece obligación de inventariar alguna.

Igualmente, y en lo que a las infracciones graves se refiere (**artículo 52**), las letras b) y c) se centran en los documentos de titularidad pública, que no en documentos públicos, lo cual habrá de ser corregido. Asimismo, la letra a) se ha redactado de un modo muy genérico, por lo que se debería de concretar más detalladamente las obligaciones a las que va referido el incumplimiento.

Respecto de las infracciones muy graves contempladas en el **artículo 53**, cabe remitir a lo indicado anteriormente para las leves y graves, en cuanto al empleo del concepto de documentos de titularidad pública. Por su parte, en el primer apartado se hace mención del Inventario del Patrimonio Documental, el cual no ha sido ni nombrado, ni mucho menos regulado a lo largo de todo el Anteproyecto de Ley. Consecuentemente, el precepto habrá de ser revisado y adecuado en aras a dotar al mismo de la coherencia necesaria.

El **artículo 56** lleva por título “*Procedimiento sancionador*”. Sin embargo, en dicho artículo no se dan sino meras pinceladas de las características propias de los procedimientos sancionadores, dando a entender que tal procedimiento se regirá por el régimen básico contemplado en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en lo LPACAP. De igual modo señala que las sanciones serán proporcionales a la gravedad de los hechos, a las circunstancias personales de la persona sancionada y al perjuicio causado o que pudiera haberse causado. Ahora bien, en el Anteproyecto de Ley no se especifican cuáles son los criterios que se tendrán en cuenta para determinar tales circunstancias personales, por lo que deberá de subsanarse tal extremo, resultando esencial desde el punto de vista de la tipicidad el establecer los criterios que se utilizarán para la graduación de aquellas.

Por su parte, el **artículo 57** regula la cuantía de las sanciones correspondientes a cada tipo de infracción y prevé con carácter general un límite máximo para la imposición de dichas

sanciones. Al igual que las infracciones, las sanciones también se encuentran sometidas al principio de legalidad (STC 207/1990).

Sobre la previsión del artículo 57.2 ha de indicarse que si bien la reserva de Ley del artículo 25.1 CE permite la llamada de la Ley al reglamento para la adaptación de la cuantías de las sanciones pecuniarias que aquella establece, tal llamada debe hacerse previa fijación en la Ley de criterios seguros que sujeten la intervención de la potestad reglamentaria. En este caso se fija el porcentaje máximo a incrementar, siendo éste el de los “índices oficiales de incremento del coste de vida”. Sin embargo, convendría determinar qué índices son a los que se refiere el Anteproyecto de Ley, así como contemplar la posibilidad de que los mismos también pueden sufrir variaciones a la baja, y en todo caso, cuál va a ser el periodo de revisión. Para finalizar se ha de recordar que el Decreto de modificación de las cuantías deberá de publicarse en el BOPV.

Para finalizar, y en lo que al **artículo 59** “Administraciones competentes” se refiere, no queda sino remitir a lo expuesto al inicio de este apartado en conexión con el reparto competencial existente en el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca. Asimismo, y si bien se indican en el Anteproyecto cuáles son las administraciones competentes para la tramitación y resolución de los expedientes sancionadores pertinentes, en él no se determina el o los órganos a los que se le atribuye tal potestad sancionadora. Se entiende así, que la misma será expresamente atribuida mediante una disposición de carácter reglamentario, en virtud del artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

> DISPOSICIONES ADICIONALES

El Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de Proyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones establece que las Disposiciones Adicionales incluirán *“Los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el texto articulado: territoriales, personales, económicos y procesales. Sólo se situarán aquí los regímenes especiales que tengan por objeto situaciones jurídicas diferentes de los regulados con carácter general en el texto articulado y, además, no tengan suficiente entidad para integrar el contenido de un artículo o de un capítulo de la parte dispositiva.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, y que ninguna de las disposiciones adicionales establecen régimen jurídico especial alguno – simplemente se hacen meras remisiones normativas- es por lo que se considera más adecuado insertar el contenido de ambas disposiciones adicionales en el Título III del Anteproyecto de Ley “Del acceso a los documentos públicos y al Patrimonio Documental de Euskadi”, en consonancia con lo expuesto en el presente informe en relación al mismo.

En la segunda de las disposiciones adicionales se cita la Ley de Transparencia de Euskadi; la referencia a la misma habrá de realizarse, en su caso, de un modo más genérico ya que dicha norma aún se encuentra en tramitación parlamentaria.

> DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Se han previsto cuatro Disposiciones Transitorias. La primera de ellas declara la aplicación de las normas reglamentarias existentes hasta la entrada en vigor de las previstas en el

Anteproyecto; esto es, tal como establece el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de Proyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones, *regula las situaciones establecidas en la norma nueva (situaciones jurídicas nuevas), hasta la aplicación definitiva de la norma nueva, mediante la declaración de la pervivencia provisional de la norma antigua*. Ahora bien, también preceptúa que serán de aplicación “*en todo aquello que no se oponga a lo establecido en esta*”, cuestión difícil de determinar. Igualmente, la expresión “*existentes*”, se considera poco acertada, por lo que se recomienda su modificación.

En este sentido, y de cara a garantizar la seguridad jurídica, se estima necesario que la Dirección promotora analice las disposiciones reglamentarias vigentes sobre las que el Anteproyecto de Ley va a producir efectos, y concrete el impacto que el mismo va a tener sobre aquellas, concluyendo qué partes se oponen a éste -pudiendo ser, por tanto modificadas, o incluso derogadas-, qué partes se mantienen en vigor, y cómo han de aplicarse éstas.

Por su parte, la presente Ley no contempla regulación transitoria alguna para las *situaciones jurídicas previas o pendientes a la entrada en vigor de la misma*, lo cual conduce a pensar que opta por la aplicación de la nueva norma. En relación a ello cabe advertir que, si bien es admisible tal opción, deberá tenerse en cuenta que no podrán aplicarse retroactivamente aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales que pudiera haber en la nueva norma. En este sentido, el citado Acuerdo de Consejo de Gobierno de 6 de abril de 1993 establece que “*se deberá precisar la intensidad o grado de retroactividad determinando si la norma nueva se aplicará a los efectos jurídicos producidos y consumados bajo la norma antigua, o bien a los producidos antes de la entrada en vigor de la disposición nueva, pero no consumados, o bien a los efectos de situaciones jurídicas creadas conforme a la norma antigua pero producidas después de la entrada en vigor de la norma nueva*”. Asimismo, establece que la fórmula literal de la cláusula de retroactividad será la siguiente: “*... se aplicará a los efectos jurídicos... de las situaciones jurídicas...*”.

Las disposiciones transitorias segunda y tercera conceden un plazo de dos años para que las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley adecúen o, en su caso, aprueben las normas necesarias para el efectivo cumplimiento de la Ley. Por ello, las mismas deberían ser incluidas como disposiciones finales y no transitorias. Así lo establece el referido Acuerdo de Consejo de Gobierno:

“4.- *Las Disposiciones Finales incluirán por este orden*
 (...)
 c) *Los mandatos de actuación o complemento normativo, es decir, los que llaman a una autoridad o norma para su desarrollo (...)*”

En cuanto al mandato contemplado en la Disposición Transitoria Cuarta sobre la asunción de las funciones del Centro de Patrimonio Documental de Euskadi (Irargi) por parte del Archivo Histórico de Euskadi, debería establecerse, en su caso, vía disposición adicional, las cuales regulan, entre otras cuestiones, *los mandatos y actuaciones no dirigidas a la*



producción de normas jurídicas. Además, deberá fijarse un plazo en el que deba cumplirse tal mandato (Parte III.1 b) del Acuerdo de Consejo de Gobierno).

> DISPOSICION DEROGATORIA

El Anteproyecto de Ley consta de una única disposición derogatoria, la cual deja sin valor la Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco en su total integridad.

Actualmente está siendo objeto de tramitación una nueva Ley de Patrimonio Cultural Vasco (aprobada en Consejo de Gobierno el 7 de julio de 2017), la cual en su Disposición Derogatoria establece:

1.- Queda derogada la Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco, salvo el Capítulo VI del Título III relativo al Patrimonio Documental, así como el Capítulo I del Título V sobre los Servicios de Archivos.

Así, y habida cuenta de que el procedimiento para la aprobación de la LPCV va más adelantado que el del presente Anteproyecto, es de suponer que aquella entre en vigor antes que la norma objeto de informe. Sin embargo, y dado que pueden devenir razones de diversa índole que finalmente imposibiliten la aprobación y entrada en vigor de la LPCV, o que lo haga con posterioridad a la de la presente Ley, convendría redactar la disposición de tal modo que se concreten los capítulos que van a quedar sin efecto. De lo contrario, y de producirse tal situación, la presente Ley vendría a derogar la LPCV de 1990 en su integridad.

Además, así se ha contemplado en la Exposición de Motivos de la propia Ley, en la que se indica que se derogan “*los artículos relacionados con el Patrimonio Documental de Euskadi de la Ley de 7/1990 de Patrimonio Cultural Vasco*”.

> DISPOSICIONES FINALES.

El Anteproyecto de Ley que se informa incluye dos disposiciones finales. La primera de ellas habilita al Gobierno Vasco para que dicte las disposiciones necesarias para el desarrollo del Anteproyecto. Se entiende que dicha disposición responde a una previsión, que si bien puede sobreentenderse por venir referida con carácter general en otra norma como el artículo 29 del Estatuto de Autonomía y el 16 de la Ley de Gobierno, viene siendo de referencia común en la normativa comparada. No obstante, procede señalar que la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha venido insistiendo en que se suprima, por tratarse de una previsión legal que reitera lo que el ordenamiento ya prevé (Dictamen nº 107/2003):

“(…) recoge una cláusula habitual de habilitación para el desarrollo reglamentario que la Comisión viene insistiendo en que se suprima, por cuanto la potestad reglamentaria viene ya atribuida al Consejo de Gobierno (artículos 29 EAPV y 16 de la Ley de Gobierno). Caben previsiones legales referidas a modular, impedir o imponer un determinado desarrollo, pero no para reiterar lo que el ordenamiento estatutario ya prevé.” (Dictamen COJUA 107/2003).

Ahora bien, el desarrollo reglamentario por parte del Gobierno Vasco habrá de ser respetuoso con el actual reparto competencial, habida cuenta de que también los Territorios Históricos ostentan competencias de desarrollo legislativo y ejecución conforme el artículo 7.b).5 LTH, y la atribución de desarrollo reglamentario de la presente Ley a aquel también habrá de respetarlo.

Por su parte, la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General establece:

“Las Diputaciones forales de los respectivos territorios históricos elaborarán las disposiciones de carácter general de acuerdo con sus propias normas de organización, régimen y funcionamiento. No obstante, les serán de aplicación los principios que derivan de la regulación contenida en esta ley, en función de las especificidades formales y materiales que caracterizan sus normas.”

La disposición final segunda establece el plazo de entrada en vigor de la Ley: la misma “*entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco*”. Se opta así por la posibilidad de que la propia ley disponga expresamente su entrada en vigor, conforme a lo previsto en el artículo 2.1 del Código Civil.

6. TÉCNICA LEGISLATIVA.

Para su examen procede acudir al Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de proyectos de ley (BOPV-19/04/1993-).

Ya a lo largo del informe, al analizar algunos artículos, se han realizado algunas consideraciones desde el punto de vista de técnica legislativa. Sin embargo, y si bien con carácter general y en relación al contenido se considera que el Anteproyecto se ajusta a las mismas, en este apartado se realizan algunas observaciones más específicas:

- En relación a la exposición de motivos deberán de indicarse los motivos que hayan dado origen a su elaboración, los objetivos perseguidos, los fundamentos jurídicos habilitantes en que se apoye, los principios y líneas generales de la regulación cuando sea preciso para su mejor entendimiento, y su incidencia en la normativa en vigor, con especial indicación de los aspectos más novedosos.

No debe de confundirse la Exposición de Motivos con la Memoria y los antecedentes necesarios que deben de acompañar al texto del Anteproyecto de Ley para su tramitación parlamentaria. La memoria responde a un análisis más amplio de la regulación normativa, en la que además de los aspectos incluidos en la exposición de motivos, se tienen en cuenta la situación o fenómeno al que se debe de dar respuesta, las distintas alternativas existentes y las razones que aconsejan optar por la que se propone y la incidencia organizativa y/o financiera de la regulación propuesta.

En este sentido convendría rehacer la Exposición de Motivos, indicando claramente el ámbito competencial de la norma proyectada.

- En relación al articulado debemos de indicar que dada la extensión del texto (menos de 100 artículos) los artículos se deberán agrupar por capítulos y no por títulos. Los capítulos, a su vez, se podrán dividir en secciones si tienen más de diez o doce artículos. En consecuencia, deberán corregirse tales extremos.
- Las referencias a disposiciones normativas que todavía no están en vigor, deberán de eliminarse o citarse en un sentido más genérico.
- Cuando en el texto normativo remitido se hace referencia al Departamento competente, deberá de completarse que es del “Gobierno Vasco”.

-Existen algunos errores de concordancias, grafías incorrectas y signos de puntuación que deberán de ser corregidos.

7. IMPACTO EN LA EMPRESA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE GESTIÓN DOCUMENTAL INTEGRAL Y ARCHIVOS DE EUSKADI

Dispone el artículo 6 de la Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco, relativo al informe de impacto de empresa, que con carácter previo a cualquier nueva regulación o norma promovida por la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Gobierno Vasco, a través de sus servicios jurídicos, realizará un informe de evaluación del impacto en la constitución, puesta en marcha y funcionamiento de las empresas, cuya emisión será preceptiva en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, y que deberá remitirse, en todo caso, al Parlamento con los proyectos de ley.

A estos efectos, conviene traer a colación el artículo 1 de la propia Ley que al fijar el objeto de la misma señala que:

«1.– La presente Ley tiene por objeto la promoción y el fomento de la actividad emprendedora en el ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dentro del marco de la libertad de empresa y de establecimiento y el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que, por razones imperiosas de interés general, pueda establecer la normativa vigente.»

2.– Para el cumplimiento de este objetivo, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco evitará todas aquellas regulaciones que impongan innecesarios costes burocráticos a las personas emprendedoras, así como legislaciones complejas que supongan barreras que desincentiven la actividad económica.»

Por su parte, el artículo 2 define qué se entiende por actividad emprendedora y por personas emprendedoras que, en términos de su Exposición de Motivos, constituyen el

foco principal de la Ley y los actores clave para el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

«1.– A los efectos de la presente ley, se entiende por actividad emprendedora el proceso mediante el cual una persona física, una nueva empresa o una empresa ya existente en el mercado inicia una nueva actividad productiva.

2.– Son personas emprendedoras, a los efectos de esta ley, aquellas personas físicas que, dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, están realizando los trámites previos para poder desarrollar una actividad económica, con independencia de su forma jurídica, o bien ejerzan alguna actividad como autónomos o autónomas, cooperativistas, socios o socias de microempresas, pequeñas y medianas empresas, sociedades laborales o a través de cualquiera otra fórmula mercantil, y tengan su domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Asimismo, son emprendedoras a los efectos de esta ley aquellas personas que mantienen y desarrollan un compromiso ético permanente en su actuación, reflejado, entre otros aspectos, en la vinculación al territorio y en el compromiso de mantenimiento de la actividad.

3.– En lo que se refiere a las microempresas, se considerarán tales las así definidas en la Recomendación 2003/361/CE.»

Según la citada Recomendación, *«En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros».*

El presente informe se emite respecto a la primera versión del Texto, y una vez se ha emitido el informe por la Autoridad Vasca de la Competencia, el cual tiene incidencia directa en la materia objeto del informe.

Pues bien, a criterio de esta Asesoría Jurídica, y sin perjuicio de otras observaciones que puedan realizar otras instancias con competencias en la materia más acordes para informar sobre esta cuestión, el Anteproyecto de Ley analizado no supone obstáculo alguno a la actividad emprendedora dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

8.- TRAMITACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY.

El presente Anteproyecto de Ley ha de adecuarse en cuanto a su tramitación a los preceptos de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General.

Dicha norma prevé que una vez redactado el Anteproyecto y contando con la aprobación del órgano que haya dictado la orden de iniciación, habrán de realizarse los trámites de negociación, audiencia y consulta que procedan. A tales efectos, señalar que por Resolución de 17 de julio de 2018, del Viceconsejero de Cultura, publicada en el BOPV nº 164, de 27

de agosto de 2018, se ha sometido a trámite de información pública el Anteproyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Archivos de Euskadi.

Asimismo, se ha remitido el Anteproyecto a las siguientes entidades: Parlamento Vasco; Diputación Foral y Juntas Generales de Álava; Diputación Foral y Juntas Generales de Gipuzkoa; Diputación Foral y Juntas Generales de Bizkaia; Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz; Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián; Ayuntamiento de Bilbao; Eudel; UPV/EHU; Ararteko y Tribunal Vasco de Cuentas Públicas. Todo ello con el fin de dar cumplimiento a los artículos 8 y 9 de la antes citada Ley 8/2003, de 22 de diciembre.

Del mismo modo, se han consultado los diferentes departamentos del Gobierno Vasco a efectos de poder realizar las alegaciones que estimaran convenientes en relación a sus funciones y áreas de actuación.

Igualmente, se han solicitado los correspondientes informes preceptivos de los siguientes órganos o entidades:

- A. Informe de Evaluación de Impacto en Función del Género, en base a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y hombres, y en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 21 de agosto de 2012.
- B. Informe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Cultura y Política Lingüística, en base a lo establecido en el artículo 7.3 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
- C. Informe de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, según lo previsto en el artículo 21 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
- D. Informe de la Dirección de Normalización Lingüística de las Administraciones Públicas de la Viceconsejería de Política Lingüística del Departamento de Cultura, en virtud de lo determinado en el Decreto 233/2012, de 6 de noviembre, por el que se establece el régimen de inclusión de la perspectiva de euskera en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.
- E. Informe de la Dirección de Función Pública en ejercicio de la atribución efectuada a esa Dirección por el artículo 6.1.a) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, en relación con el artículo 17.a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.
- F. Informe de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5. f) y 11 del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.
- G. Informe de la Dirección de Informática y Telecomunicaciones de acuerdo con los artículos 5.f)y 20 del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.
- H. Informe de la Dirección de Recursos Generales, conforme los artículos 5.f) y 21 del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.
- I. Informe de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27.1 a) del Decreto 116/2016,

- de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- J. Informe de la Comisión de Gobiernos Locales, de acuerdo con lo previsto en los artículos, 90 91 y concordante de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.
 - K. Informe del Consejo Económico y Social en virtud del artículo 3.1.a) de la Ley 8/2012, de 17 de mayo, del Consejo Económico y Social Vasco/Euskadiko Ekonomia eta Gizarte Arazoetarako Batzordea.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, se deberá incorporar al expediente una memoria sucinta de todo el procedimiento, así como una memoria económica. La memoria económica es un documento fundamental en la justificación del proyecto que se presenta, así lo han reiterado tanto el Consejo de Estado como la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. En este sentido, conviene recordar lo dicho por ésta en su Dictamen 43/1999: *“Es conveniente señalar aquí la importancia que el Consejo de Estado viene dando a este trámite dentro del procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos. Dicho órgano, considera dicho trámite como elemental garantía de la exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo y, además, lo ve como cauce para el cumplimiento del artículo 31.2 CE, que ordena que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y llama a la eficacia y economía en la programación y ejecución de dicho gasto”*:

En similares términos, corroborando la importancia de la memoria económica, es doctrina del Consejo de Estado la siguiente (Dictamen de 5 de diciembre de 1996, expediente nº 4.078/96): *“El artículo 31.2 de la Constitución, que establece los principios de economía y eficacia en el gasto público no permite aprobar un Reglamento sin tener constancia suficiente de los medios económicos precisos para garantizar su aplicación práctica; lo contrario sería equivalente a un proceder arbitrario proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, ya que es jurídicamente infundado y por tanto caprichoso aprobar un Reglamento que no se va a poder aplicar en la práctica, al no haber medios económicos suficientes para poner en funcionamiento las disposiciones que contiene la norma”*.

Si bien ambos dictámenes se refieren al proceso de elaboración de reglamentos son igualmente aplicables al proceso de elaboración de las leyes y ello se desprende del ya citado artículo 10 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, así como de la propia lógica e importancia de aprobar leyes que vayan acompañadas de los documentos y análisis necesarios que acrediten la disponibilidad de medios económicos suficientes para poder aplicarlas, ya que la justificación de la existencia de los recursos económicos necesarios para la aplicación de la ley es determinante de la eficacia y efectividad de la propia norma.

Para la elaboración de la memoria económica deberán seguirse las directrices establecidas en la Circular nº 2/11 de la Oficina de Control Económico, que no son sino una plasmación del mandato contenido en los artículos 42 y 43 del Decreto 464/1995, de 31 de octubre, por el que se desarrolla el ejercicio de control económico interno y la contabilidad en el ámbito de la Administración de la CAE.

Una vez completado el expediente con dicha memoria, se deberán recabar los informes preceptivos y los dictámenes de los siguientes órganos:

- Oficina de Control Económico, de conformidad a los artículos 25, 26 y 27 del Decreto Legislativo 2/2017, de 19 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Control Económico y Contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en virtud de lo previsto en el artículo 3.1.a) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la se impone con carácter preceptivo la emisión de dictamen por la misma. Así, se señala para *“los Anteproyectos de ley cualquiera que sea la materia y objeto de los mismos, excepto los siguientes, que sólo se someten a su informe si lo requiere la titular o el titular del departamento competente en materia de hacienda:*
 - *Los que establecen la metodología de distribución de recursos y de determinación de las aportaciones de las diputaciones forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.*
 - *Los de aprobación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, concesión de créditos adicionales, variación de las condiciones de los créditos de compromiso y liquidación de los Presupuestos.”*

Una vez ultimado el procedimiento establecido, el Anteproyecto se someterá a la aprobación del órgano competente, habiendo de figurar como anexo la relación de las disposiciones derogadas o modificadas.

Por último, el Anteproyecto se someterá a la toma en consideración del Gobierno Vasco, que decidirá sobre su aprobación final en la misma sesión, o bien establecerá los criterios que hayan de tenerse en cuenta en su redacción final, y una vez aprobado se remitirá al Parlamento para su tramitación.

Este es el informe que se emite y se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Vitoria-Gasteiz,

Asesoría Jurídica

VºBº

Responsable de Asesoría Jurídica

