



INFORME 19/2018, DE 4 DE DICIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE GESTIÓN DOCUMENTAL INTEGRAL Y ARCHIVOS DE EUSKADI

I.- ANTECEDENTES.

La Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco abordó por primera vez la regulación, por una parte, del patrimonio documental y, por otra, de los Servicios de Archivo y el Sistema Nacional de Archivos. Se trata por tanto de un texto con casi 30 años de antigüedad, que ha quedado al menos parcialmente obsoleto, y los Departamentos de Gobernanza Pública y Autogobierno y de Cultura y Política Lingüística, promueven ahora la regulación del Patrimonio Documental, de la gestión documental y de los Archivos de Euskadi, a través del anteproyecto de Ley de gestión documental y archivos de Euskadi que se examina en este informe (en adelante, el anteproyecto).

Posteriormente, la siguiente normativa de rango no legal ha venido incidiendo en la materia:

- El 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.
- El 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.
- 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 (COVASAD).

- 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.
- La Orden de 27 de septiembre de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia y del Consejero de Hacienda y Finanzas, por la que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi

Al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno le compete el impulso, dirección y coordinación del proceso de modernización y reforma de la Administración, así como de la Administración y gobierno electrónicos y de la política de transparencia. Asimismo, corresponde al Departamento de Cultura y Política Lingüística la gestión y protección del Patrimonio Histórico Artístico. Todo ello de acuerdo con el Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos.

De acuerdo con la Orden de inicio del procedimiento de elaboración del anteproyecto, suscrita por ambos Consejeros, su objeto no es otro que “regular el tratamiento y la organización de los documentos y los sistemas de archivos públicos y privados de Euskadi, así como la protección del Patrimonio documental.”

“La finalidad de la norma es 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 conservación y transmisión del patrimonio documental que recoge la experiencia colectiva del País Vasco.”

Así las cosas, se inicia la tramitación de esta Ley cuyo anteproyecto ha sido objeto de diversos informes y alegaciones, habiéndose formulado por la Asesoría Jurídica del Dpto. de Cultura y Política Lingüística, solicitud de informe a esta

Dirección de Patrimonio y Contratación, que se sustancia como sigue a continuación.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.- Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

El anteproyecto de Ley consta de Título Preliminar y 7 Títulos, con un total de 60 artículos; y una parte final formada por 2 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias, 1 derogatoria y 2 finales.

En breves líneas, el contenido de los títulos es el siguiente:

- I. De los documentos y los archivos públicos
- II. Del patrimonio documental de Euskadi
- III. Del acceso a los documentos públicos y al Patrimonio Documental
- IV. Archivos de Euskadi
- V. De los archivos privados
- VI. Del régimen sancionador

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La primera referencia a aspectos relacionados con la contratación pública la encontramos en el artículo 9, que trata “De los documentos públicos generados por los prestadores de servicios públicos”. Reza como sigue:

“1. Son prestadores de servicios públicos, a los efectos de esta Ley, las personas físicas y jurídicas privadas que desempeñen funciones de servicio público de carácter educativo, sanitario, asistencial u otras cualesquiera.

2. Los documentos producidos y/o acumulados como consecuencia de dichas funciones tienen la consideración de documentación pública, y se someten en todo a lo estipulado en la presente Ley. La gestión de esa documentación se hará por los medios del prestador o bien remitiéndola a la entidad pública correspondiente junto con la información necesaria para contextualizarla adecuadamente.

3. Los archivos privados de los prestadores de servicios públicos estarán sometidos a la inspección de las entidades públicas con las que hayan contratado dichos servicios o de las que hayan obtenido encomienda o cualquier tipo de autorización para efectuarlos.

4. En el supuesto de cese de la actividad mercantil por parte de algún prestador de servicio público, todos los documentos afectados por los apartados anteriores serán entregados, bajo inventario formalizado, a la entidad pública con la que se encuentre vinculado, en salvaguarda del interés público.”

Parece adecuado en este punto acudir al concepto de “servicio público” acuñado por la doctrina, y en este sentido hay que recordar a Garrido Falla, que recogiendo el concepto tradicional de Jordana de Pozas señala que el servicio público es la "actividad de prestación (de bienes materiales o inmateriales) con o sin monopolio y en régimen de Derecho Público o de Derecho Privado". Así pues, en sentido amplio, es cualquier prestación, que puede ser desarrollada por un organismo público o entidad privada bajo regulación de aquel, para satisfacer cierta necesidad de la población. Desde la distribución de electricidad, hasta el abastecimiento de agua, la gestión de residuos o el transporte público, pasando por otros muchos, son servicios públicos, algunos de ellos contratables de acuerdo con el régimen de la normativa de contratación pública, a día de hoy especialmente 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 (en adelante, LCSP)

No se aprecia mayor obstáculo en que las prestaciones realizadas por contratistas que lo sean de acuerdo con la normativa que rige la contratación pública y que tengan carácter de servicio público se sometan al artículo 9 del anteproyecto que nos ocupa en lo relativo a los documentos públicos que generen.

Se entiende que la materia es concomitante con la de la propiedad intelectual de la documentación generada en la prestación, tema que los actuales modelos de pliegos que rigen la contratación y ha venido informando esta Junta tratan, y que de todos modos se invita a que sea examinado por el Servicio de Patrimonio de la Dirección.

Posteriormente, el artículo 14 del anteproyecto, dice lo siguiente:

“1. En el desempeño de su misión, los sistemas de archivo públicos tienen encomendadas las siguientes funciones:

a) Participar en la gestión de procesos y programas en los que se decida el diseño de los documentos y los procedimientos administrativos.

b) Organizar los documentos, desde el momento de su creación o ingreso, y mantenerlos de forma adecuada a lo largo de todo su ciclo de vida.

c) Administrar sus recursos, personal, edificios e instalaciones, alineándolos con sus funciones y evitando otros usos contrarios al desempeño de estas.

d) Inspeccionar los archivos de las organizaciones vinculadas a la entidad a la que pertenezcan o dependientes de ella.

e) Custodiar los documentos en entornos seguros.

f) Efectuar los procesos de identificación, valoración y selección de la documentación, así como eliminar los documentos que ya no son necesarios para la gestión o carecen de valor probatorio, histórico-cultural u otro cualquiera y conservar aquellos con valor permanente.

g) Prestar y garantizar los servicios de acceso a los documentos, consulta y reproducción de los mismos a las entidades que los crean o gestionan, a las partes interesadas en los procedimientos y a la ciudadanía.

h) Proporcionar la información accesible que se les requiera para su reutilización por parte de la propia Administración o por terceras partes.

i) Elaborar planes de gestión de riesgos, para que el funcionamiento y la historia de las entidades del sector público y los derechos de la ciudadanía no se vean dañados por el deterioro o pérdida de documentos.

j) Gestionar el destino de los documentos cuando se produzca traspaso de funciones entre órganos o entidades o se extinga alguno de ellos.

k) Formar al personal de la administración pública correspondiente en materia de gestión documental, incluida la elaboración de planes y programas.

l) Autenticar las reproducciones de los documentos custodiados por el archivo y las copias resultantes de los procesos de digitalización.

m) Asegurar la conservación permanente de los documentos seleccionados como constitutivos del Patrimonio Documental de Euskadi.

n) Desarrollar políticas de difusión y edición de dicho patrimonio.

ñ) Participar en la gestión de los sistemas tecnológicos, de inteligencia artificial, robotizados y cualesquier otros que puedan desarrollarse en el futuro, aplicados a la gestión de los documentos o a cualquiera de las funciones encomendadas en la presente Ley a los archivos.

o) Asesorar a las administraciones públicas y a la ciudadanía en cuestiones relacionadas con el objeto de la presente Ley.

p) Promover y colaborar, si procede, con iniciativas ciudadanas de recogida de documentación susceptible de constituir patrimonio documental.

2. Para el ejercicio efectivo de estas funciones, las entidades adoptarán las medidas organizativas y técnicas necesarias para integrar adecuadamente los sistemas y plataformas de producción administrativa con los de archivo, en aras de garantizar la interoperabilidad en los procesos que materialicen dichas funciones.

4. A falta de la designación de una oficina específica de transparencia y acceso a la información en una administración pública, el archivo de esta asumirá de oficio las funciones de dicha oficina, para lo que se le dotará de los medios técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo esa función.”

La transcripción como se indica es literal, por lo que ha de advertirse que la numeración de apartados no es correcta, y el numerado como 4. debería ser el 3, o bien añadir un apartado 3. según lo que se indica a continuación.

Y es que hay que señalar que muchas de esas funciones se solapan con las que vienen realizando y han de realizar las áreas de contratación de los distintos poderes adjudicadores. Así, por ejemplo la LCSP impone ciertas especialidades relativas al acceso al expediente de contratación (art. 52, que obliga a que sea el órgano de contratación a que lo facilite), a la información de la licitación a los interesados (art. 138, que determina cuándo ha de ser electrónica o no, y en qué plazos debe solicitarse y otorgarse), o a la protección de datos de carácter personal en los tratamientos de datos encargados a la contratista (Disposición Adicional vigésima quinta). Por lo que se podría plantear que un apartado 3. del artículo rezase así:

“El desempeño de todas estas funciones se entenderá sin perjuicio de y en colaboración con las unidades administrativas responsables de la tramitación de los concretos tipos de procedimientos que originen los documentos.”

A continuación trata el anteproyecto la contratación de servicios archivísticos (art. 16). Dice así:

“1. La contratación de servicios archivísticos por parte de las entidades públicas a las que les es de aplicación la presente Ley requerirá el informe previo de la persona responsable de su respectivo sistema de archivo. En cualquier caso, quedarán excluidos del objeto de dichos contratos la gestión integral de los documentos, la dirección del archivo, el servicio de consulta, la guarda y custodia de los documentos y los servicios públicos de almacenamiento en servidores de Internet de propiedad de una entidad pública o en consorcio con otras entidades públicas.

2. Cuando por falta de medios no pueda ejecutarse el servicio de guarda y custodia de los documentos, se podrá contratar dicho servicio siempre que se garantice que la empresa o parte contratada no identifique, en todo o en parte, ni la documentación ni su contenido, para lo cual se establecerán sistemas de acceso mediante signatura disociada de cualquier otra información.

3. La contratación de los servicios de computación en la nube u otros equivalentes que se puedan desarrollar en el futuro, se entenderá comprendida en los términos de lo dispuesto en los apartados anteriores, quedando fuera los servicios de nube pública propietarios o consorciados con otras entidades

públicas, que a todos los efectos tienen la consideración de instalaciones públicas.”

Las Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios aprobadas por el Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2014 recogen entre los servicios que puede ser contratados (Instrucción Sexta) los “Servicios de archivo”, sin mayor especificación.

El anteproyecto viene a concretar qué prestaciones concretas y de qué manera pueden contratarse dentro de tal categoría, restringiéndose así el ámbito de lo externalizable en este aspecto. Teniendo en cuenta que las prestaciones externalizables deben interpretarse de la manera más estricta posible y el rango que tendrá la norma que se apruebe, no se ve objeción alguna a la regulación comprendida en este artículo 16 examinado.

La custodia y otorgamiento de acceso o consulta de la documentación vienen a reservarse en todo caso para la Administración, por tanto, y de acuerdo con ello se echa de menos nuevamente que las referencias que los arts. 23, 24, 38.1.g) y 39.2.d) hacen al acceso a la documentación se hagan sin perjuicio de las que correspondan a las unidades tramitadoras de acuerdo con su normativa específica.

Sin embargo, las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda han venido a redimir al anteproyecto de estas deficiencias al aseverar lo siguiente:

“DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA

El acceso de las personas interesadas a los documentos de los procedimientos administrativos en trámite se regirá por lo que determine a Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o la legislación sobre procedimiento administrativo específica.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

El acceso a los documentos de titularidad pública en las materias que tienen establecido un régimen de acceso especial estará regulado por su normativa específica; y con carácter supletorio, por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de

Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y por la Ley...../20.., de Transparencia de Euskadi.”

V.- CONCLUSIONES.

Dicho todo ello, y esperando se atiendan las precisiones y observaciones aquí vertidas, se informa favorablemente el anteproyecto de Ley.