2018KO

MEMORIA

EUSKADIKO AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA

Lan honen bibliografia-erregistroa Eusko Jaurlaritzaren *Bilbiotekak* sarearen katalogoan aurki daiteke:

http://www.bibliotekak.euskadi.eus/WebOpac

Argitaraldia

1.a 2019ko iraila

©

Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioa

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoa

Internet

http://www.comisionjuridica.euskadi.eus

Argitaratzailea

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Donostia-San Sebastián, 1 · 01010 - Vitoria-Gasteiz

Diseinua

ekipoPO

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Maketazioa

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren Kabinete Teknikoa

Vitoria-Gasteiz, 2019

AURKIBIDEA

AURKEZPENA 7

LABURDURAK 8

LEHENENGO ZATIA:2018. URTEKO JARDUERA 12

1. kapitulua. Osaera 13

2. kapitulua. Batzordearen doktrina zabaltzea 14

3. kapitulua. Kontsulta-eginkizunari buruzko datuak 15

I. Sarrera 15

II. Hartutako kontsultei buruzko datuak 15

III. Emandako irizpenei buruzko datuak 18

IV. Irizpen eta erabakien zerrenda 23

BIGARREN ZATIA:DOKTRINAREN LABURPENA 39

1. kapitulua. KONTSULTA-EGINKIZUNA 40

I. Jarduera-esparrua 40

II. Kontsulta berria 43

III. Parametroak 45

A) Administrazio-egintzak 45

Kontratazioa 45

Ondare-erantzukizuna 56

B) Xedapen orokorrak 56

Lege mailako arauen proiektuak 56

2. kapitulua. ZUZENBIDEAREN ITURRIAK 58

I. Erregelamenduak 58

A) Erregelamenduak emateko ahala erabiltzea 58

B) Erregelamenduak egiteko ahalaren titulartasuna 61

3. kapitulua. ARAUGINTZA TEKNIKA 64

I. Erregulazio-estiloa 64

4. kapitulua. ESKUMEN-BANAKETA 65

I. Gai orokorrak 65

A) Zehatzeko ahala 65

II. Euskal Autonomia Erkidegoko zuzenbide substantiboaren berezitasunetatik eta berezko antolamendutik datozen arau prozesalak eta prozedura administratiboetakoak eta prozedura ekonomiko-administratiboetakoak (EAEAE, 10.6 artikulua) . 68

5. kapitulua. ARLOAK 72

I. Administrazio publikoa 72

A) Administrazio aholku-emailea 72

B) Administrazio korporatiboa 82

C) Kargu publikoak 84

D) Administrazioaren isiltasuna 86

E) Administrazioak esku hartzeko teknikak 90

II. Doako laguntza juridikoa 92

III. Kooperatibak 94

IV. Ikuskizunak eta jolas-jarduerak 96

V. Adingabe atzerritarrak 98

VI. Lanbide titulatuak eta lanbide arautuak 99

VII. Osasuna 103

VIII. Etxebizitza 110

6. kapitulua. PROZEDURA 114

I. Xedapen orokorrak egiteko prozedura 114

A) Eremua eta helburua 114

B) Entzunaldia 121

C) Txostenak 125

D) Memoriak 125

Amaiera-memoria 126

E) Langileen ordezkariekiko negoziazioa edo kontsulta 127

F) Indarraldia 128

II. Administrazio-egintzen administrazio-prozedura erkidea 131

A) Gai orokorrak 131

B) Instrukzioa 131

Interesdunen entzunaldia 131

Froga 133

III. Administrazio prozeduraren espezialitateak 135
A) Administrazio-kontrataziorako prozedura 135
B) Ondare-erantzukizunaren erreklamazioak 136
Hasiera 136
Erreklamatzeko epea 137
Instrukzioa 140
7. kapitulua. ADMINISTRAZIOAREN ONDARE-ERANTZUKIZUNA 144
I. Gai orokorrak 144
II. Zuzenbidearen aurkakotasuna 144
III. Kalte-ordaina 146
A) Kalte morala 146
B) Lortu gabeko irabazia 151
C) Beste gastu batzuk 152
IV. Kausaltasun harremana 155
A) Kausa bat baino gehiago izatea 155
B) Biktimaren edo beste pertsona batzuen jokabidea 156
C) Administrazio Publikoen zerbitzura diharduten langileek jasandako kalteak ... 160
D) Egozpen-titulua 163
V. Ondare-erantzukizuna sektoreka 164
A) Bidegabeko prozedura-atzerapenak 164
B) Funtzio publikoa 166
C) Bide publikoak mantentzea 173
Akatsak galtzada eta errepideetan 173
Kale-garbiketa 174
D) Erregistroak 178
E) Hezkuntza-zerbitzua 182
F) Osasun-zerbitzuak 189
Borondatearen kontra zentro batean sartzea 189
Baimenik ez ematea 190
Praxia 196
Aukera galtzea 210
G) Hirigintza 213

8. kapitulua. OFIZIOZKO BERRIKUSPENA....231

I. Deuseztasun-arrazoien azterketa....231

A) Konstituzioak babesten dituen eskubide eta askatasunak kaltetzen dituzten egintzen erabateko deuseztasuna....231

B) Ezinezko edukia duten egintzen erabateko deuseztasuna....249

C) Legez ezarritako prozedura erabat alde batera utziz edo kide anitzeko organoek erabakiak hartzeko funtsezko arauak guztiz bazterturik emandako egintzen erabateko deuseztasuna....250

II. Hirigintza-tresnak....255

III. Mugak ofiziozko berrikuspenetan....263

9. kapitulua. ADMINISTRAZIO PUBLIKOAREN KONTRATUAK....267

I. Kontratua azkentzea....267

A) Kontratua suntsiarazteko arrazoiak....267

Epeak betetzen berandutzea....267

Kontratuko gainerako funtsezko betebeharrak ez betetzea....271

II. Kontratuen interpretazioa....276

III. Kontratuak aldatzea....287

AURKEZPENA

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoari buruzko azaroaren 24ko 9/2004 Legeak bere 3.3 artikuluan ezarri duenez, "Batzordeak urtero gertatu eta argitaratuko du memoria bat, non bere jardueren berri eta emandako irizpenetan jasotako doktrinaren berri emango baitu". Memoria horrek, irailaren 12ko 167/2006 Dekretuz onetsitako Antolamendu eta Funtzionamendu Erregelamenduaren 7. artikuluaren arabera, eman diren erabaki eta irizpenetan jasotako doktrinaren laburpen bat bildu beharko du.

Agindu hori betez, Batzordeak, 2019ko ekainaren 20an egindako osoko bilkuran, 2018. urteari dagokion memoria hau onartu du. Bereizitako bi zatitan egituratuta dago memoria. Lehenak Batzordearen osaera jasotzen du, baita organo horri eman zaion kontsulta-eginkizunari dagokion jardueraren daturik esanguratsuenak ere.

Bigarren zatiak, berriz, Batzordeak 2018. urtean emandako doktrinaren laburpena hartu du. Laburpen hori egiteko, ohi bezala, aldi horretan emandako irizpen eta erabakietatik atera dira zatirik esanguratsu eta adierazgarrienak, bere horretan eta hitzez hitz atera ere, eta gaien eta hitzen arabera sailkatu, Batzordeak kontsultarako aurkeztu zaizkion gaiei buruz duen iritzia argitze aldera. Zati horiek aukeratzerakoan, arreta berezia eman zaio aurreko memorietan jasotako doktrinaren errepikapenak saihesteari, salbu eta aurreko urteetako irizpenetan emandako azalpenari ñabardurak edo zabalkundea erantsi zaizkionetan. Era berean, zati guztiei jarri zaie zer irizpen edo erabakitik dauden hartuta, interesa dutenek testu osoa kontsultatzeko modua izan dezaten dokumentuzko datu-basean, interneteko helbide honetan agertzen baita: http://www.comisionjuridica.euskadi.eus.

Memoriaren edizio hau ateratzeko, Batzordeko idazkariak koordinatuta, arduraz aritu dira Batzordeko legelari Deiane Agirrebaltzategi Sánchez, doktrina aztertu eta ateratzeko lantegian, eta Itzultzaile Zerbitzu Ofiziala euskaratze-lanetan; konposizio- eta maketazio-lanetan, berriz, Josu Larrea Antxia administrari informatikariak jardun du.

Azkenik, ohi dugun bezala, eskerrak eman nahi dizkiegu ardura politikoko postuetatik edota eguneroko administrazio-kudeaketatik kontsulta-organo honen jarduna posible egiten jarraitzen dutenei.

LABURDURAK

AAE	Administrazioarekiko auzi-errekurtsoa
AAJL	29/1998 Legea, uztailaren 13koa, Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioa arautzen duena
ABEE	Aldi baterako enpresa-elkartea
ABJL	1/1996 Lege Organikoa, urtarrilaren 15ekoa, adingabearen gaineko babes juridikoari buruzkoa
AG	Auzitegi Gorena
AGE / AGEak	Auzitegi Gorenaren epaia/epaiak
AJAPEL	30/1992 Legea, azaroaren 26koa, Administrazio Publikoen Araubide Juridikoari eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzkoa
AKBA	Administrazio-klausula berezien agiria
AKL	50/1980 Legea, urriaren 8koa, Aseguru-kontratuarena
APEL	39/2015 Legea, urriaren 1ekoa, Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkidearena
BJLO	6/1985 Lege Organikoa, uztailaren 1ekoa, Botere Judizialarena
BOIL	1/2013 Legea, urriaren 10ekoa, Bizialdi Osoko Ikaskuntzari buruzkoa
DLJ	Doako laguntza juridikoa
DLJL	Estatu mailako 1/1996 Legea, urtarrilaren 10ekoa, doako laguntza juridikoari buruzkoa
EABJL / ABJL	9/2004 Legea, azaroaren 24koa, Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoarena
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAEAE	Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutua
EAEANE	Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren epaia
EAEJAN	Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia
EAELHL	2/2006 Legea, ekainaren 30ekoa, lurzoruari eta hirigintzari buruzkoa

EAELHL	2/2006 Legea, ekainaren 30ekoa, Euskal Autonomia Erkidegoko Lurzoruari eta Hirigintzari buruzkoa
EASL	8/1997 Legea, ekainaren 26koa, Euskadiko Antolamendu Sanitarioarena
EAT	Eraikinen azterketa teknikoa
EB	Europar Batasuna
EBJA	Europar Batasuneko Justizia Auzitegia
EEJA	Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegia
EFPL	6/1989 Legea, uztailaren 6koa, Euskal Funtzio Publikoari buruzkoa
EGAB	Ekonomia eta Gizarte Arazoetarako Kontseilua
EK	Espainiako Konstituzioa
EKL	4/1993 Legea, ekainaren 24koa, Euskadiko Kooperatibena
EONAL	1/1997 Legegintza Dekretua, azaroaren 11koa, Euskadiko ogasun nagusiaren antolarauei buruzko Legearen testu bategina onartzekoa
EPOELTB	5/2015 Legegintzako Errege Dekretua, urriaren 30ekoa, Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuaren Legearen testu bategina onartzen duena
ESI	Erakunde Sanitario Integratua
ETEL	2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa
GEEA	Giza Eskubideen Europako Auzitegia
GEEAE	Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaia
GEEH	Giza Eskubideen Europako Hitzarmena
GZL	12/2008 Legea, abenduaren 5ekoa, Gizarte Zerbitzuena
HAKL	2/2000 Legegintzako Errege Dekretua, ekainaren 16koa, Herri Administrazioen Kontratuen Legearen testu bategina onartzen duena
HAKLTB	2/2000 Legegintzako Errege Dekretua, ekainaren 16koa, Herri Administrazioen Kontratuen Legearen testu bategina onartzen duena
HAPO	Hiri Antolamenduko Plan Orokorra
HAZAL	2/1998 Legea, otsailaren 20koa, Euskal Autonomia Erkidegoko herri-administrazioen zigortzeko ahalmenari buruzkoa

HAZLBL	53/1984 Legea, abenduaren 26koa, Herri-administrazioen zerbitzuko langileen bateraezintasunei buruzkoa
HLO	2/2006 Lege Organikoa, maiatzaren 3koa, Hezkuntzarena
HNZBL	3/2005 Legea, otsailaren 18koa, haurrak eta nerabeak zaintzeko eta babestekoa
IBAL	2/2003 Legea, maiatzaren 7koa, izatezko bikoteak arautzekoa
IEKL	7/2010 Legea, martxoaren 31koa, Ikus-entzunezko Komunikazioari buruzkoa
IVAP	Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea
JAN	Justizia Auzitegi Nagusia
JANE	Justizia Auzitegi Nagusiaren epaia
JIJJL	10/2015 Legea, abenduaren 23koa, jendaurreko ikuskizunen eta jolas jarduerena
KAE / KAEak	Konstituzio Auzitegiaren epaia / epaiak
KEB	Kontrol Ekonomikoko Bulegoa
KZ	Kode Zibila, 1889ko uztailaren 24koa
LHELTB	7/2015 Errege Dekretua, urriaren 30ekoa, Lurzoruaren eta Hiri Errehabilitazioaren Legearen testu bategina onartzen duena
LHL	27/1983 Legea, azaroaren 25ekoa, Autonomia Elkarte Osorako Erakundeen eta bertako Kondaira-Lurraldeetako Foruzko Ihardutze Erakundeen arteko harremanei buruzkoa
MAE	Madrilgo Erkidego Autonomoa
MBBL	8/2013 Legea, abenduaren 9koa, Merkatuaren Batasuna bermatzekoa
OFL	11/1994 Legea, ekainaren 17koa, Euskal Autonomi Elkarteko Ordenazio Farmazeutikorakoa
OLO	14/1986 Legea, apirilaren 25ekoa, Osasunaren Lege Orokorra
PAAOL	41/2002 Legea, azaroaren 14koa, pazienteen autonomia eta informazio eta dokumentazio klinikoaren arloko eskubideak eta betebeharrak arautzen dituena
par.	Paragrafoa
PZL	1/2000 Legea, urtarrilaren 7koa, Prozedura Zibilarena

SPAJL	40/2015 Legea, urriaren 1ekoa, Sektore Publikoaren Araubide Juridikoarena
SPKL	30/2007 Legea, urriaren 30ekoa, Sektore Publikoko Kontratuena
SPKLTB	3/2011 Legegintzako Errege Dekretua, azaroaren 14koa, Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bategina onartzen duena
TAOL	7/1985 Legea, apirilaren 2koa, Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituena
TEOE	1372/1986 Errege Dekretua, ekainaren 13koa, Toki Erakundeen Ondasunen Erregelamendua onartzen duena
XOEPL	8/2003 Legea, abenduaren 22koa, Xedapen Orokorrak Egiteko Prozedurarena

LEHENENGO ZATIA:
2018. URTEKO JARDUERA

1. kapitulua. Osaera

2018ko urtarrilaren 25ean, Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe jaunak Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoko kide kargua utzi zuen, horretarako adina betetzeagatik, nahitaezko erretiroa deklaratu baitzioten Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrean zuen lanpostuan. Kargu-uztea urtarrilaren 30eko 13/2018 Dekretuaren bidez formalizatu zen (2018ko otsailaren 2ko EHAA, 24. zk.).

Aurreko kidea ordezkatzeko, 2018ko martxoaren 13an, Miren Izaskun Iriarte Irureta andrea jabetu zen karguaz, martxoaren 6ko 35/2018 Dekretuaren bidez izendatua izan ondoren (2018ko martxoaren 9ko EHAA, 49. zk.).

Geroago, 2018ko abenduaren 10ean, jabetu ziren karguaz, beste 6 urterako, Iñaki Calonge Crespo jauna (abenduaren 3ko 175/2018 Dekretuaren bidez izendatua) eta Ion Gurutz Echave Aranzabal jauna (abenduaren 3ko 176/2018 Dekretuaren bidez izendatua); izan ere, aurreko azaroaren 29an amaitu zitzaien agintaldia.

Hona, beraz, Batzordearen osaera 2018ko abenduaren 31n:

Lehendakaria:

Sabino Torre Díez jauna.

Lehendakariordea:

Xabier Unanue Ortega jauna.

Bokalak:

M.ª Teresa Astigarraga Goenaga andrea.

Luis M.ª Eskubi Juaristi jauna.

Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo jauna.

Fatima Saiz Ruiz de Loizaga andrea.

Imanol Zubizarreta Arteche jauna.

Ion Gurutz Echave Aranzabal jauna.

Iñaki Calonge Crespo jauna.

Miren Izaskun Iriarte Irureta andrea.

Idazkaria:

Jesus M.ª Alonso Quilchano jauna.

2. kapitulua. Batzordearen doktrina zabaltzea

Azaroaren 24ko 9/2004 Legearen 3.3 artikuluak dakarren agindua betez, 2017. urteari dagokion memoria editatu eta argitaratu du Batzordeak, formatu elektronikoan.

3. kapitulua. Kontsulta-eginkizunari buruzko datuak

I. Sarrera

2018. urtean zehar, kontsulta-eskari berrien kopurua aurreko urtean izandako mailan mantendu da. Alde handiena emandako irizpenen kopuruan ikusi da; hain zuzen, % 16,52 jaitsi da ekitaldi honetan (230 irizpen izatetik 192 izatera). Egoera horrek bi arrazoi izan ditzake: batetik, 2017. urtean emandako irizpenen kopurua halako bi baino gehiago izan zen 2016an izapidetutako kontsultei dagokienez (39 eta 15, hurrenez hurren), eta bestetik, 2018an 2017an baino kontsulta gehiago geratu dira irizpena eman gabe (36 eta 22, hurrenez hurren), 2018. urteko azken hiruhilekoan kontsulta-eskariak % 17 gehiago zirelako 2017an jasotakoekin konparatuta.

Gaien tipologiari dagokionez, ekitaldi honetan —aurrekoetan bezala— administrazio-egintzen gaineko kontsultei lotutako irizpenak nagusitu dira (guztien % 80); beste muturrean xedapen orokorrei buruzko kontsultak daude (guztien % 20); hala ere, azpimarratu behar da arauen inguruko irizpenen kopurua —6 lege-aurreproiektu eta 32 dekretu-proiektu— % 20 igo dela, aurreko urtean emandakoekin erkatuta.

Bestalde, administrazio-egintzen gaineko irizpenen arteko banaketan, ondare-erantzukizuneko erreklamazioei buruz egindakoek gailentzen jarraitzen dute; hain zuzen, emandako irizpen guztien % 71 izan dira. Horien artean, gehienak osasun arloko erreklamazioei buruzko kontsultak dira (% 60 inguru).

Kontsulten jatorriari dagokionez, nagusi izaten jarraitzen dute Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioa osatzen duten organo eta erakundeen eskariz emandakoek (guztien % 68); tokiko administrazioko erakundeek eskatutakoak % 20 igo dira (guztien % 31 izatera iritsita), eta Euskal Herriko Unibertsitateari dagozkionen ehunekoak aurreko urteko balioak izaten jarraitu du (% 1).

Behin labur-labur adierazita aurtengo kontsulta-eginkizunari buruzko ondorio nagusiak, eta aurreko ekitaldikoekin konparatuta, garatutako kontsulta-jardueraren gaineko zenbakizko datuak aurkeztuko ditugu.

II. Hartutako kontsultei buruzko datuak

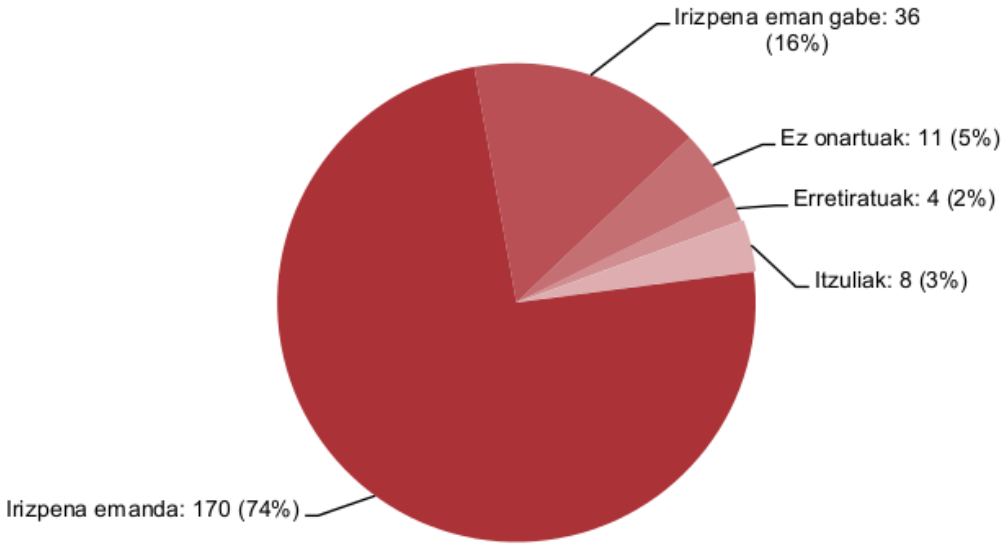
2018ko urtarrilaren 1etik abenduaren 31ra arte, 230 kontsulta-eskabide sartu ziren kontsulta-organo honen idazkaritzan.

Horietatik 11 ez ziren tramiterako onartu, *a limine*, eskabideak akats formalak zituelako edo Batzordeak eskumenik ez zuelako, argi eta garbi.

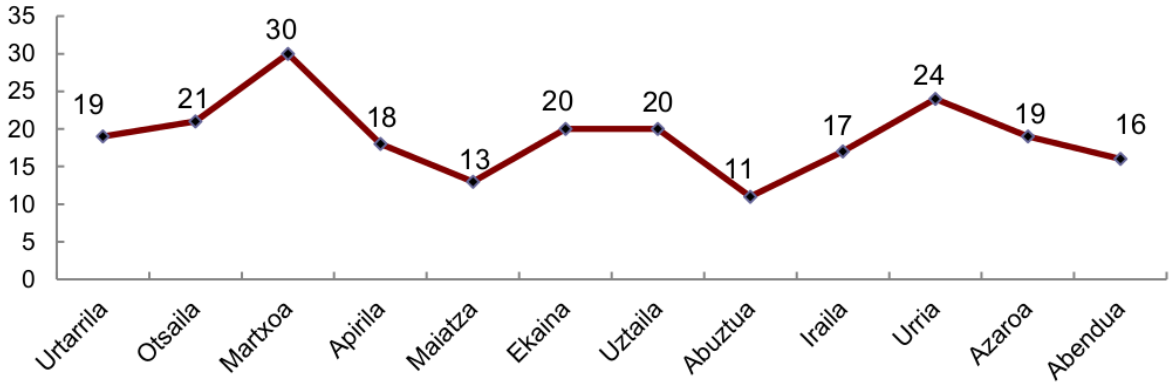
2018. urtean izapidetzeko onartu ziren 219 eskarietatik, kontsulta bat ezabatu egin behar izan zen gaiaren sailkapen informatikoa egitean akats bat gertatu zelako; hortaz, izapidetzeko onartutako eskarien benetako kopurua 218 da, eta horietatik:

- 4 erretiratu zituzten kontsulta egin zuten organoek eurek, garrantzizko hutsuneak ikusi zirelako espedienteen izapideetan.
- 1 itzuli zuen Batzordeko lehendakariak, izapidetze-akatsak zirela eta.
- 7 kontsulta itzuli ziren osoko bilkurak hala erabakita, bai espedientearen instrukzioa osatzeko (1) bai kontsulta onartu ez zelako Batzordearen eskumenik ezagatik edo kontsulta-egilearen kalifikazio okerra izategatik (5), edo, aurretik ebatzitako gai bati buruzko irizpen berri bat igortzea beharrezkoa ez izateagatik, funtsezko aldaketarik sartu ez dela kontuan hartuta (1).
- 170 kontsultari egin zitzaien irizpena.

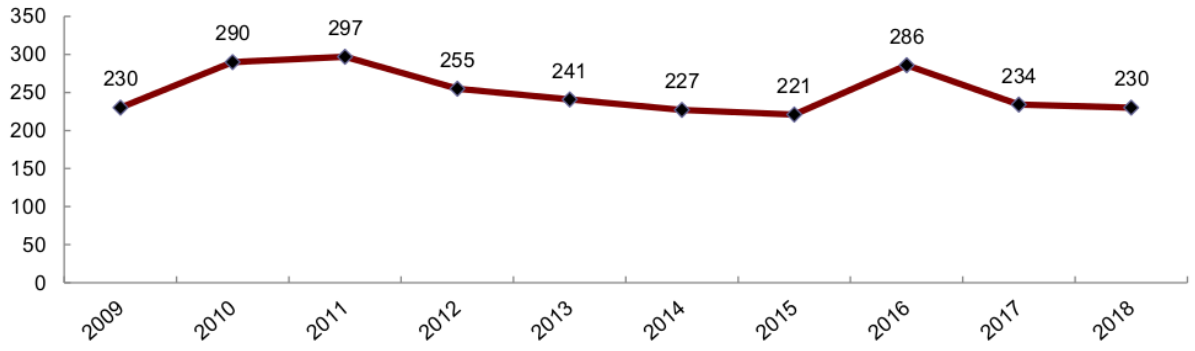
Urtearen amaieran, beraz, 36 kontsulta geratzen ziren erabakitzeke.



Hona hemen kontsulta-eskarien bilakaera, hilez hil:



Kontsulta-eskarien kopuruak ondoko grafikoan adierazitako bilakaera izan zuen azken hamar urteetan:



Izapidetzeko onartu diren kontsulten tramitazioari dagokionez, azpimarratzekoa da horietako hiru bideratu direla urgentziazko prozeduraz, 9/2004 Legeak 26. artikuluaren 2. eta 3. zenbakietan aurreikusi duenaren arabera.

Espedientea aztertzeko prozesuan, lehendakariak, txostengileen eskari arrazoituari erantzunez, bi kontsultan egin dio organo kontsultagileari informazioa zabaltzeko eskaria ekitaldi honetan: bidali dute eskatu zaien dokumentazioa.

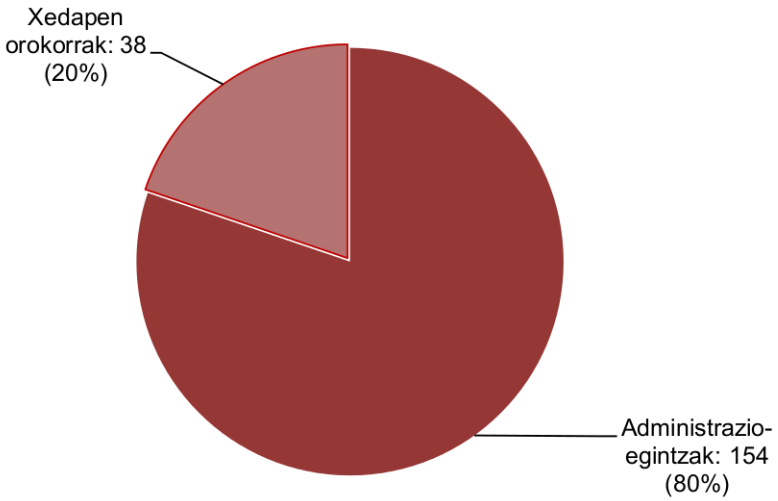
Hauek ere jaso ditu Batzordeak:

- 37 idazki, kontsulta egin zuten organoek bidaliak, euren kabuz, beste dokumentu batzuk sartzeko espedienteetan.
- Idazki 1, Batzordearen informazio-eskaerari erantzuna emateko.
- 5 idazki, kontsulta-eskariak erretiratzea eskatuz.
- 126 idazki, kontsulta egin zuten organoek bidaliak, Batzordeak irizpena egin zien gaiei buruzko azken ebazpena edo xedapena jakinarazteko.

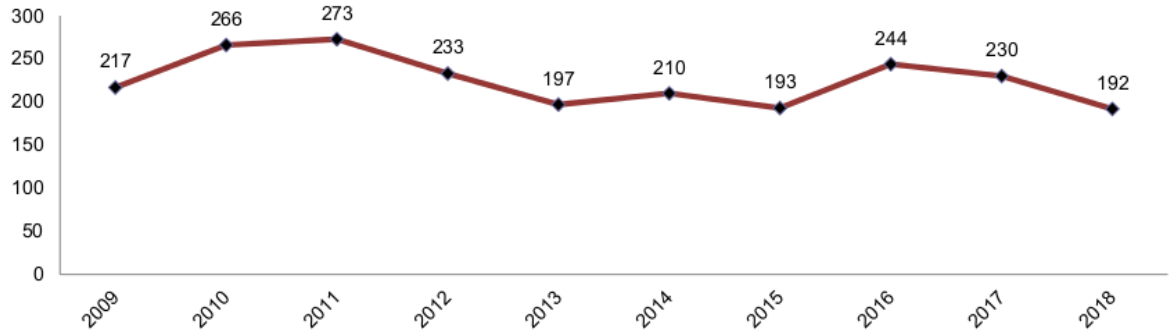
Azkenik, honako hau adierazi behar: Aholku Batzorde Juridikoak 42 ohiko bilera egin dituela, eta ez duela inongo agerraldirik gauzatu, kontsulta egin duten organoetako agintari edo funtzionariorik bertara zedin.

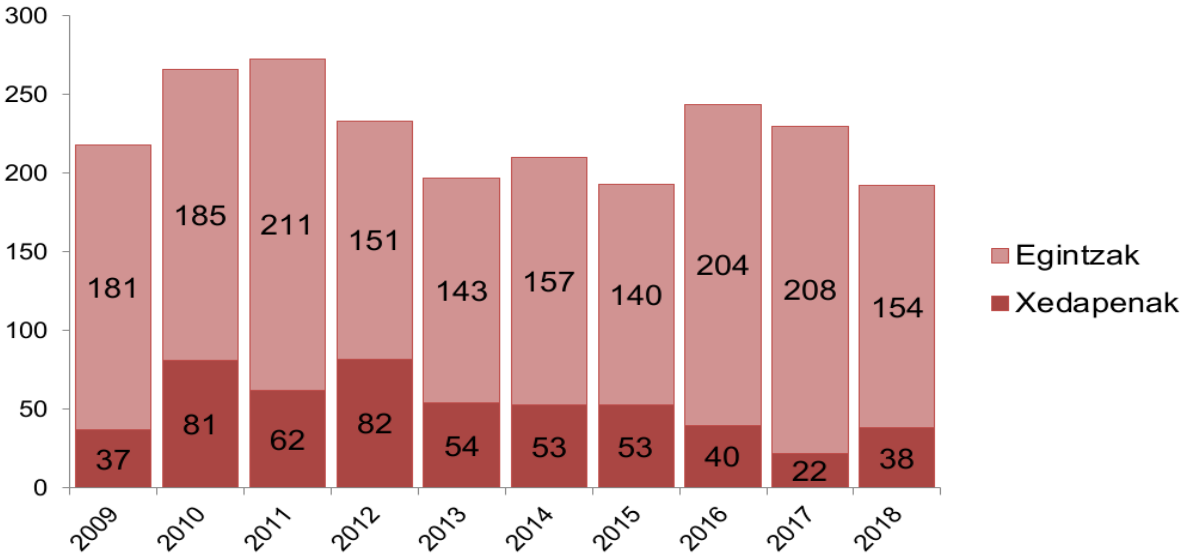
III. Emandako irizpenei buruzko datuak

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoak, guztira, 192 irizpen onartu ditu aldi honetan (kontuan har bedi Batzordeari 2017. urtean onartutako espedienteei dagozkiela irizpen horietatik 15). Honela banatu daitezke, kontsulten lehen sailkapen orokorra eginez gero:



Ondoko tauletan ikus daiteke azken hamar urteetako datuen konparazioa, emandako irizpen guztien kopuruari eta honako sailkapen orokor honen araberako banaketari dagokionez:

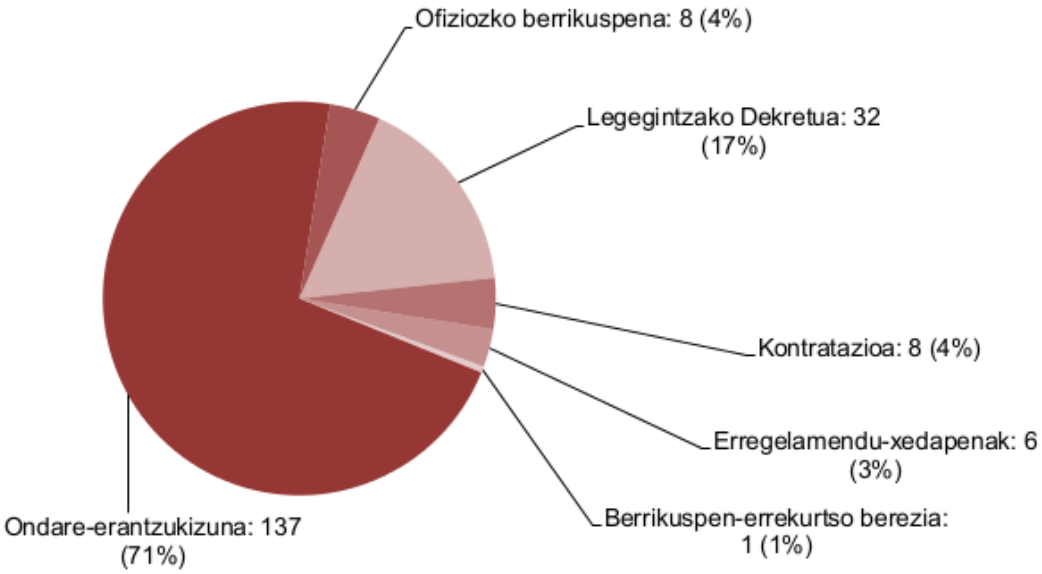




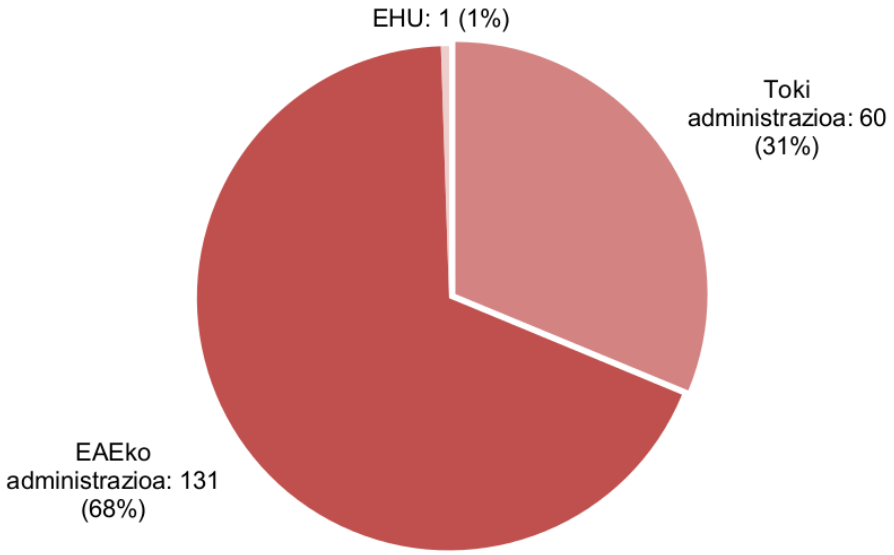
Emandako irizpen guztiak sailkatuz gero 9/2004 Legearen 3. artikuluak ezarritako tipologien arabera, hurrengo datuak aterako ditugu:

TIPOLOGIA	ZK.
Lege-aurreproiektuak	6
Legegintzako dekretuen proiektuak	0
Erregelamenduzko xedapenen proiektuak	32
Tokiko autonomia aldezteko gatazkak	0
Administrazio egintzen eta xedapenen ofiziozko berrikuspena	8
Berrikusteko errekurtso administratibo bereziak	1
Administrazioaren kontratuen eta emakiden deuseztasuna, interpretazioa eta suntsiarazpena	8
Ondare-erantzukizunari buruzko erreklamazioak	137
Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren osaera, antolaketa, eskumen eta funtzionamenduari buruzko gaiak	0
Udal-mugarteak aldatzea, lurralde historiko bati baino gehiagori eragiten dionean	0
9/2004 Legearen aplikazio-eremuan dauden administrazioen eskumeneko gainerako gaiak, lege maila edo indarra duten arauen arabera Administrazio aholku-emailearen parte-hartzea nahitaezkoa dutenean	0
GUZTIRA	**192**

Beheko grafikoan islatu dira irizpenek aurreko tipologien arabera dituzten ehunekoak:



Azkenik, hona datuak, organo kontsulta-egilea kontuan hartuta:



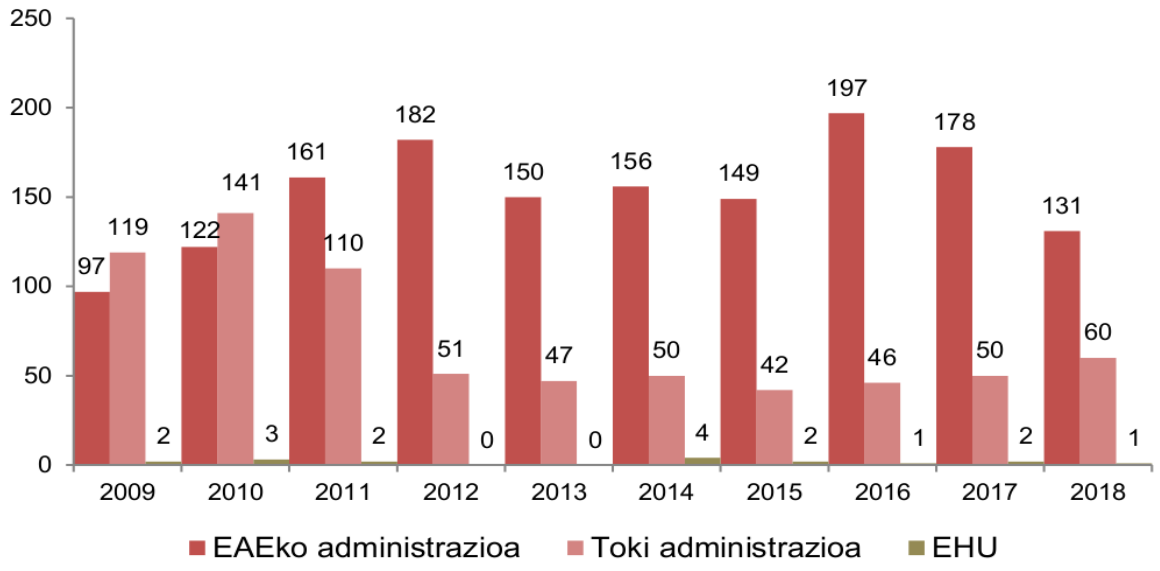
a) **Autonomia Erkidegoko Administrazioa,** 131 irizpen, honela banatuta:

KONTSULTA EGILEA	GUZTIRA
Lehendakaritza	1
Gobernantza Publiko eta Autogobernu Saila	6
Ekonomiaren Garapen eta Azpiegitura Saila	7
Enpleguko eta Gizarte Politiketako Saila	5
Ingurumena, Lurralde Plangintza eta Etxebizitza Saila	1
Ogasun eta Ekonomia Saila	2
Hezkuntza Saila	9
Osasun Saila	8
Turismo, Merkataritza eta Kontsumo Saila	1
Kultura eta Hizkuntza Politika Saila	1
Segurtasun Saila	4
Lan eta Justizia Saila	2
Osakidetza-Euskal osasun zerbitzua	84
Guztira	**131**

b) **Toki Administrazioa,** 60 irizpen, honela banatuta:

TOKI ERAKUNDEA	GUZTIRA
Aguraingo udala	1
Amorebieta-Etxanoko udala	1
Aretxabaletako udala	1
Azkoitiko udala	2
Bilboko udala	6
Debagoieneko mankomunitatea	2
Dimako udala	1
Donostiako Kiroletako Udal Patronatua	1
Donostiako udala	5
Durangoko Merinaldearen Amankomunazgoa	1
Eibarko udala	1
Erandioko elizateko udala	1
Errigoitiko udala	1
Eskoriatzako udala	1
Galdakaoko udala	1
Getxoko udala	4
Hernaniko udala	2
Hondarribiko udala	1
Iurretako elizateko udala	1
Labastidako udala	1
Larrabetzuko udala	1
Laudioko udala	1
Mungiako udala	1
Oiartzungo udala	1
Ordiziako udala	2
Plentziako udala	1
Sestaoko udala	1
Sopelako udala	2
Sopuerta kontzejuko udala	1
Trapagarango udala	1
Vitoria-Gasteizko udala	9
Zeanuriko udala	2
Zestoako udala	1
Zumaiako udala	1
Guztira	**60**

Hona, azken hamar urteetako datuak erkatzen dituen grafikoa:



Egindako irizpenak direla eta, boto partikular hauek eman dira:

IRIZPENA	KONTSULTA	BOTO PARTIKULARRA
78/2018	Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Trapagarango Hiri Antolamenduko Plan Orokorra, Ibarzaharrako Bateratze Plana eta Ibarzaharra 06 eta 07 industrien eta zerbitzuen eremuetako Hiri Antolamenduko Plan Bereziak, merkataritzako establezimendu handiak jartzea murrizten duten aurreikuspenei dagokienez.	Koldo Eskubi Juaristi
79/2018	Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Ibarzaharrako Bateratze Planeko eta Ibarzaharra 06 eta 07 industrien eta zerbitzuen eremuetako Hiri Antolamenduko Plan Berezietako merkataritzako establezimendu handiak jartzea murrizten duten aurreikuspenak.	Koldo Eskubi Juaristi
131/2018	Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ASA jaunak jasandako kalteei buruzkoa; izan ere, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorraren 2000. urteko lanpostu-eskaintza publikoari dagokion Goi Mailako Teknikarien Zuzenbideko lizentziatuen kidegoan sartzeko hautatze-prozesutik kanporatu zuten.	Maite Astigarraga Goenaga Iñaki Calonge Crespo (bat egiten du)
135/2018	Lege-aurreproiektua, 2018-2022 Euskal Estatistika Planari buruzkoa.	Koldo Eskubi Juaristi
150/2018	Dekretu-proiektua, "SPRI-Enpresa Garapenerako Euskal Agentziaren" estatutuak onartu eta horren jardueraren hasiera erregulatzen duena.	Miren Izaskun Iriarte Irureta
189/2018	Dekretu-proiektua, jendaurreko ikuskizunen eta jolas-jardueren legea garatzeko erregelamendua onartzen duena.	Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo

IV. Irizpen eta erabakien zerrenda

A) Lege-aurreproiektuak (6)

64/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko errepideen plan orokorra erregulatzen duen legea hirugarren aldiz aldatzen duena.

135/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, 2018-2022 Euskal Estatistika Planari buruzkoa.

145/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko administrazio publikoen zehatzeko ahalaren legea aldatzen duena.

176/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, Euskadiko kooperatibei buruzkoa.

180/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, euskal enplegu publikoarena.

186/2018 Irizpena: Lege-aurreproiektua, Xedapen Orokorrak Egiteko Prozedurari buruzkoa.

B) Erregelamenduzko xedapenen proiektuak (32)

1/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Elektromedikuntza Klinikoko Goi Mailako Teknikariaren tituluari dagokion curriculuma ezartzen duena.

8/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Adikzioen eta Droga Mendekotasunen gaineko Arreta Integralari buruzko apirilaren 7ko 1/2016 Legean bildutako erakunde-egitura garatzen duena.

22/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioak eta horren erakunde autonomoek prezio publikoen bidez ordaindu ditzaketen zerbitzu eta jarduerak ezartzen dituen Dekretua bigarrenez aldatzen duena.

27/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Elikagai Enpresa eta Establezimenduen Baimen Sanitarioen eta Komunikazioen Erregimena arautu eta Euskal Autonomia Erkidegoko Elikagai Establezimenduen Erregistroa sortzen duena.

34/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko Garapenerako Lankidetzako Eragileen Erregistroa sortu eta arautzen duena.

39/2018 Irizpena: Dekretu proiektua, aurretiazko borondateen euskal erregistroa aldatzen duena.

45/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegorako behi-okela edo abelgorrien haragiaren ondoriozko produktuak etiketatzeko aukerako sistema ezartzeko arauak eman baitzuen azaroaren 21eko 235/2000 Dekretua indargabetzen duena.

65/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, erabilera turistikoko etxebizitzei eta etxebizitza partikularretako logelei buruzkoa.

69/2018 Irizpena: Dekretu proiektua, Eusko Jaurlaritzan hezkuntzaren arloko eskumena duen sailaren mende dauden unibertsitatez kanpoko ikastetxe publikoetarako irakasle espezialista eta adituen kontratazioa arautzen duena.

77/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Nekazaritza Politika Erkidearen (NPE) zuzeneko laguntzen erregimenak, Nekazaritza Lursailak Identifikatzeko Informazio Geografikoaren Sistema (SIGPAC) eta laguntzen onuradunek bete beharreko baldintzak Euskal Autonomia Erkidegoan garatu eta aplikatzeko dekretua aldatzen duena.

82/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Gizarte larrialdietarako laguntzei buruzko dekretua bigarrenez aldatzen duena.

88/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko Zerbitzu Sanitarioetako Erakundeen Egitura-Antolamendua eta Kudeaketa Klinikorako Unitateen Funtzionamendu- eta Eraketa-Araubidea arautzen duena.

93/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Urrutiko Hezkuntzako Euskal Institutuaren antolamendu, funtzionamendu eta autonomia arautzen duena.

101/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko pertsona zaharren egoitzetako farmazia zerbitzu eta medikamentu gordailuei buruzkoa.

105/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, seme-alabak dituzten familientzako diru-laguntzak arautzen dituen dekretua aldatzen duena.

109/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko eraikinen ikuskapen teknikoa eta ikuskapen teknikoen erregistroa arautzen dituena.

112/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, irabazi asmorik gabeko titulartasun pribatuko osasun-zentroekiko atxikimendu-hitzarmen berezien betebeharrei eta prozedurari buruzkoa.

113/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, ehiza-erroldarena.

126/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, doako laguntza juridikoari buruzkoa.

130/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, emandako giza esnearen euskal bankua sortzen duena eta norberaren seme edo alaba elikatzeko eta emateko ama-esnea atzeman, atera, prozesatu, banatu eta administratzeko baldintzak ezartzen dituena.

134/2018 Irizpena: Dekretu proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoan familia-harrera arautzen duena.

137/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Eusko Legebiltzarrerako hauteskundeen antolaketan esku hartuko duten norbanakoen haborokinak eta hauteskunde-administrazioarekin lotutako bestelako funtzionamendu-gastuak arautzen duena.

139/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, trafiko istripuen biktimen Euskal erregistroa sortu eta arautzen duena.

144/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoan ibilgailuei karburanteak eta erregaiak txikizka hornitzeko arretarik ez duten instalazioek bete behar dituzten baldintzen ingurukoa.

150/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, "SPRI-Enpresa Garapenerako Euskal Agentziaren" estatutuak onartu eta horren jardueraren hasiera erregulatzen duena.

158/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko hilotzen alderdi sanitarioei buruzko erregelamendua onartzen duen dekretua aldatzen duena.

166/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoan hazitarako patatak ekoiztekoa.

167/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, zerbitzu-egintzaren deklarazioa eta kondekorazioen eta ohorezko sarien erregimena arautzen duen dekretua aldatzen duena.

168/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, atzerritar adingabeak aldi batez Euskal Autonomia Erkidegora lekualdatzeko programei buruzkoa.

170/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoko sektore publikoko langileek aldi baterako ezintasun-egoeran daudenean jasoko dituzten ordainsariei eta borondatezko hobekuntzei buruzkoa.

187/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, Euskal Autonomia Erkidegoaren kudeaketa-eremuan emango diren oinarrizko lanbide heziketako zazpi tituluri dagozkien curriculumak ezartzen dituena.

189/2018 Irizpena: Dekretu-proiektua, jendaurreko ikuskizunen eta jolas-jardueren legea garatzeko erregelamendua onartzen duena.

C) Ondare-erantzukizuneko erreklamazioak (137)

2/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, LPS jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

3/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AOF andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

4/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, Bilboko Hizkuntza Eskola Ofizialean izandako erorikoaren ondorioz, LMRD andreak jasandako kalteei buruzkoa.

5/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MPSE, eta S, F eta CMS jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien senarra eta aita izan zena, EMG jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak osasun-sorospenaren ondorioz.

6/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CGG jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

9/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, XXX andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

10/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAHS andreak jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak erditzean emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

11/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MJCT andreak jasandako kalteengatikoa; izan ere, izatezko bikotekidea hil ondoren eskatutako alarguntza-pentsioa ukatu egin diote.

12/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MPCF andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

13/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, LCV jaunak Nagusien Zentroan erorita jasandako kalteengatikoa.

14/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, lehen hezkuntzako ikastetxe publiko batean ikasle baten erasoaren ondorioz, EGO andreak jasandako kalteei buruzkoa.

15/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, VDG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

17/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FMSR jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

18/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MOP andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

19/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MMF jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

20/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAH andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

23/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PPB, M, C eta EPP jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien senarra eta aita izan zena, JPV jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

24/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IPAZ jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

25/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JIEL jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

26/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ZGG, eta F eta CTG jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien senarra eta aita izan zena, FTG jauna, hil zen ospitale bateko atean erorita.

28/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCT andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

29/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

30/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, EVG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

31/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ibilgailua gidatzen zuen bitartean harri baten kolpea hartuta, MLL andreak jasandako kalteei buruzkoa.

32/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PMA adingabeak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

35/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PRL andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

36/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FJCM jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

40/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, EDG andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

41/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MMG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

42/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, GVM jaunak jasandako kalteengatikoa atletismo-pista batean istripuaren ondorioz.

43/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, EMFF eta JRP jaun-andreek eta haien alabak, LRF adingabeak, jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak osasun-sorospena eman baitzien erditzean.

44/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCSD andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

46/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JMO jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

47/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MSGE andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

48/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, SMI andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

49/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, RMU andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

50/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, LNN andreak jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak haurdunaldian zehar emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

51/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PPP andreak eta haren semeak, YYY adingabeak, jasandako kalteengatikoa; izan ere, ... gizarte etxean adingabeak sexu-abusuak jasan zituen.

52/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MTLS andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

53/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MFS andreak eta haren semea, JEF adingabeak, jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak osasun-sorospena eman baitzien erditzean.

55/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, TDSC eta ERI jaun-andreek jasandako kalteengatikoa, ... Pentsioko 7 gela itxi eta erabiltzeari uko egiatearen ondorioz.

56/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JLBP jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

57/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JGC jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

58/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JMDI jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

59/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MLML andreak eta beste batzuek jasandako kalteengatikoa, Larrabetzuko Gaztelumendi gurutzearen eraisketaren ondorioz.

60/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCMV andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

61/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MJBA andreak jasandako kalteengatikoa, urriaren 27ko 3792/2008 Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuen Zuzendari Orokorraren ebazpenarenean deitutako lekualdatze-lehiaketan kanporatu izanaren ondorioz.

62/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MGM andreak jasandako kalteei buruzkoa, bizikletaz zihoala trenbidearen azpiko tunelean izandako istripuaren ondorioz.

63/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FNSB jaunak jasandako kalteengatikoa, senitartekoen hobia saltzearen ondorioz.

66/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MBGP eta JJGP jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haren aita izan zena, JGU jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

67/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ikastetxe publiko batean izandako istripuaren ondorioz, AHB adingabeak jasandako kalteei buruzkoa.

68/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCAL andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

70/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IRA adingabeak jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak osasun-sorospena eman baitzien erditzean.

71/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JVL, eta FRVL eta JDVL jaunek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien emaztea eta ama izan zena, ALC andrea, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

72/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FOEL jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

73/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CRH, IAR, GAR eta NAR jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haren aita izan zena, NAR jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

75/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren espedientea, Vitoria-Gasteizko udalak hasita, ISGA Inmuebles, S.A. enpresak jasandako kalteengatikoa; izan ere, obra-proiektua aldatu behar izan zuen hirigintza araudiari egokitzeko.

76/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCLO andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

80/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MRG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

81/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PSH andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

83/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CCM eta IGM jaun-andreek eta haien alabak, IGC adingabeak, jasandako kalteengatikoa; izan ere, amari eta haien semea izan zenari, AGC, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondoriozko kalteak dira.

84/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JCM jaunak jasandako kalteei buruzkoa, diziplina-espediente bat ireki eta izapidetzearen ondorioz.

85/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ITP andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

86/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PGSRG jaunak jasandako kalteei buruzkoa, egokitutako autobusean eguneko zentrora zeramatela izandako istripuaren ondorioz.

87/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MGG jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

89/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CHRM andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

90/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JMAM jaunak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

91/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ALBL eta haren alaba AIJB andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien senarra eta aita izan zena, JAJC jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

92/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JJSG eta IGP jaun-andreek jasandako kalteengatikoa, amari eta haien alabari, JSG adingabeari, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak osasun-sorospena eman baitzien haurdunaldian.

95/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IOG jaunak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

96/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ASE eta TCB jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien alaba izan zena, OCS adingabea, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

97/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MPAM andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

98/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MIGC andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

99/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MLMP eta MJMM andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haren aita izan zena, JMS jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

100/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAEO andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

102/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MGB andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

104/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AIT andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

106/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JMAL jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

107/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, YGG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

108/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, SEO jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

110/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JRG, TVR, PJVR, MVR eta MVR jaun-andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haren aita izan zena, MVQ jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

111/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, APT jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

114/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MUM andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

115/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FMLA jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

116/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MPC jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

118/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MPV andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

119/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AXA Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros enpresak jasandako kalteei buruzkoa, bere aseguratu batzuei ordaindu beharragatik, zuhaitz bat aseguratuen eraikuntzen gainera erori ondoren.

120/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JBG, FAG, eta M eta MAB jaunandreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien semea eta anaia izan zena, XAB adingabekoa, hil zen Hezkuntza Sailaren zerbitzuaren ondorioz.

122/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAGE andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

123/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AMB andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

124/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AMBG jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

125/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MHA jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

127/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JBM adingabeak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

128/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CAA andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

129/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MTA jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

131/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ASA jaunak jasandako kalteei buruzkoa; izan ere, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorraren 2000. urteko lanpostu-eskaintza publikoari dagokion Goi Mailako Teknikarien ... kidegoan sartzeko hautatze-prozesutik kanporatu zuten.

132/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ECF jaunak jasandako kalteengatikoa, istripua izan baitzuen bide publikoan motozikletan zihoala.

133/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ... higiezin-konplexuaren jabekideen erkidegoak jasandako kalteengatikoa; izan ere, udalak ez ditu beharreko udal zerbitzu publikoak bere gain hartu 2017ko urtarrilaren 1etik abenduaren 13ra.

136/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MRTL andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

138/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MLL andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

140/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IAU jaunak jasandako kalteengatikoa; izan ere, hirugarren pertsona baten jabetza pribatuko lurzatian obra-lizentzia eman zioten.

141/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ARE andreak jasandako kalteengatikoa, udal kiroldegi batean erori baitzen.

142/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IIL andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

143/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CKE andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

146/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, EMP andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

147/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MAOM andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

148/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MTL andreak eta beste anaiarrebek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien arreba eta ahizpa, MMTL andrea, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

151/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MLCP, eta AM, A eta BAC andreek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien senarra eta aita izan zena, ALAM jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

152/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MIAS andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

153/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MBCG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

154/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, HLL jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

155/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MBLR andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

156/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IME jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

157/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, Alustiza Bidaiak S.L., Autores Aldalur Anaiak S.L., Barrio Autobusak S.L. (UTE ABA 2) ABEE-ak jasandako kalteengatikoa; izan ere, "2015-2016 eta 2016-2017 ikasturteetan, Arabako, Gipuzkoako eta Bizkaiko Lurralde Historikoetan, Eusko Jaurlaritzako Hezkuntza, Hizkuntza Politika eta Kultura Sailaren menpe dauden ikastetxe publikoetarako eskola-garraioa" zerbitzu-kontratuaren esleipena deuseztatu baitzuten epaitegietan.

159/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CRH andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

160/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CPC andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

162/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MABM andreak jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien aita, JEBV jauna, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

163/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ARB eta JVR jaun-andreek jasandako kalteengatikoa, haien semeari, AVR adingabeari Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

164/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, NCG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

169/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, CCC jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

171/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MMG andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

172/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, DBF adingabeak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

173/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCCS andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

174/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, LLC jaunak jasandako kalteengatikoa; izan ere, UPV/EHUko irakasle elkartuaren plaza berandu esleitu zioten.

175/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ERR jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

177/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MALM, eta A eta JJLF jaunek jasandako kalteengatikoa; izan ere, haien emaztea eta ama izan zena, AEFL andrea, hil zen Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

178/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JIGG jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

179/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AVC jasandako kalteengatikoa, ... mendi-hegaleko ezponda-jausien ondorioz.

181/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MMJMZ jaunak eta haren ama izan zenak, MCU andreak, jasandako kalteengatikoa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak azken honi emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

182/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, PAA andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

183/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, IMP jauna bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

184/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MSA andrea bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

185/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, MCMR andreak bide publikoan erorita jasandako kalteengatikoa.

188/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, AGN andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

190/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, ADM andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

191/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, BOP jaunak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

192/2018 Irizpena: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, FJOP jaunak jasandako kalteengatikoa, udal kiroldegi batean istripua izan baitzuen.

D) Ofiziozko berrikuspena (8)

16/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Errigoitiko udalaren premiamendu bidezko administrazio-egintzak, Garaunza, S.L. enpresaren kontrakoak, Malluki sektorea urbanizatzeko betebeharrak ez betetzeagatik eginak.

37/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: 2014ko uztailaren 4ko Erabakia; horren bitartez, Laudioko udaletxeko Udal batzordeak AAC jaunari nekazaritzako pabiloia eraikitzeko obra-lizentzia eman zion.

74/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Ebazpena, 2017ko abuztuaren 2koa, Funtzio Publikoko zuzendariarena. Ebazpen horren bidez, PQP andreari behin betiko baja ematen zaio Goi Mailako Taldeko ... Lizentziatuen lan poltsan.

78/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Trapagarango Hiri Antolamenduko Plan Orokorra, Ibarzaharrako Bateratze Plana eta Ibarzaharra 06 eta 07 industrien eta zerbitzuen eremuetako Hiri Antolamenduko Plan Bereziak, merkataritzako establezimendu handiak jartzea murrizten duten aurreikuspenei dagokienez.

79/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Ibarzaharrako Bateratze Planeko eta Ibarzaharra 06 eta 07 industrien eta zerbitzuen eremuetako Hiri Antolamenduko Plan Berezietako merkataritzako establezimendu handiak jartzea murrizten duten aurreikuspenak.

94/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Alkatetzaren Dekretua, 2016ko urriaren 21ekoa; horren bitartez, Azkoitiko udalaren ... poligonoko ... partzelan 206 m^2ko eremuko zuhaitzen seguritatearen zortasuna zabaltzea onartu zitzaion Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. enpresari.

103/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Akordioa, 2017ko abenduaren 11koa, Gobernu Kontseiluarena. Akordio horren bidez, interes publikoko arrazoiengatik maiztasun modulatuko uhin metrikoen bidezko irrati-komunikazioko zerbitzuak eskaintzeko lizentziak emateko lehiaketari uko egiten da.

149/2018 Irizpena: Ofiziozko berrikuspena. Xedea: Akordioa, 2017ko urriaren 9koa, Osoko Bilkurarena. Akordio horren bidez, Zumaiako 17 HA-Artadiko 17-1 egikaritze-unitateko xehetasun estudioa behin betiko onartzen da.

E) Berrikuspen-errekurtso berezia (1)

161/2018 Irizpena: Berrikuspen-errekurtso berezia, Korreo Berri, S.L. enpresak jarrita, 2013ko azaroaren 20ko Tokiko Gobernu Batzarraren ebazpenaren aurka; ebazpen horrek 2006ko otsailaren 13an eta uztailaren 10ean izenpetutako planeamendu hirigintza hitzarmenak ebazten ditu eta Korreo Berri, S.L. enpresari kalte-ordainak erreklamatzen dizkio.

F) Administrazioaren kontratuak (8)

7/2018 Irizpena: Herri zerbitzuen kudeatze kontratu administratibo baten interpretazioa. Kontratuaren xedea: Vitoria-Gasteizko hiri-garbiketa publikoa eta hiri-hondakin solidoen bilketa eta garraioa.

21/2018 Irizpena: Kontratu baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: Errebal balio anitzeko eraikina eta ekipamendu kulturaleko obra.

33/2018 Irizpena: Kontratu administratibo baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: Zeanuriko udalaren hainbat udal eraikuntzaren garbiketa-zerbitzua.

38/2018 Irizpena: Kontratu administratibo baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: Zeanuriko udalaren kale-garbiketa eta lorategien mantenimendu zerbitzua.

54/2018 Irizpena: Kontratu baten suntsiarazpena. Kontratu txikiaren xedea: "Hautagai-bideoa UNESCO Gastronomia Sortzeko Hiria" izeneko promozio-bideoa egitea. Kontratua Fomattoo Media SL enpresari esleitu zitzaion.

117/2018 Irizpena: Kontratu administratibo baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: Aretxabaletako Ibarra polikiroldegiko garbiketa zerbitzua.

121/2018 Irizpena: Kontratu baten laugarren aldaketa. Kontratua: Debagoieneko mankomunitateko udalerritan etxeko hondakinak bildu eta garraiatzeko zerbitzua emateko kontratu administratiboa.

165/2018 Irizpena: Kontratu baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: HIE 9 Santa Marina eremuko urbanizazio proiektuaren III-C) fasearen urbanizazio obrak.

G) Itzultzeko erabakiak (7)

Batzordearen eskumenekoa ez izateagatik:

1/2018 Erabakia: Dekretu-proiektua, Arte-irakaskuntzak irakastea eta irakaskuntzaren edo kulturaren arloko sektore publikoan beste lanpostu bat edukitzea bateragarria izatea interes publikokotzat jotzen duena.

2/2018 Erabakia: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JFZG eta ASA jaun-andreek, eta haien seme-alabek, DZS eta LZS, jasandako kalteengatikoa, Bilboko Hiri Trenak haien etxebizitzan eragindako zarata eta bibrazioen ondorioz.

3/2018 Erabakia: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, JMOO jaunak jasandako kalteengatikoa; izan ere, bere jabetzako hilobia bete egin dute.

5/2018 Erabakia: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, Construcciones Urrutia S.A. enpresak jasandako kalteengatikoa; izan ere, Ordiziako udalerriko UAU 13.1 y 13.2 lursailetan eta atxikitako eranskinetan ez ziren itun bidezko babes ofizialeko 30 etxebizitza eraiki.

7/2018 Erabakia: Herri zerbitzuen kudeatze kontratu administratibo baten suntsiarazpena. Kontratuaren xedea: Vitoria-Gasteizko hiri-garbiketa publikoa eta hiri-hondakin solidoen bilketa eta garraioa.

Beste irizpenik eman behar ez zelako:

6/2018 Erabakia: Dekretu-proiektua, erabilera turistikoko etxebizitzei eta etxebizitza partikularretako logelei buruzkoa.

Instrukzioari jarraipena eman diezaioten:

1/2019 Erabakia: Ondare-erantzukizunaren erreklamazioa, EFF andreak jasandako kalteengatikoa Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuak emandako osasun-sorospenaren ondorioz.

BIGARREN ZATIA:
DOKTRINAREN LABURPENA

1. kapitulua. KONTSULTA-EGINKIZUNA

I. Jarduera-esparrua

Igorritako **proiektua**, labur-labur azaldu dugun edukia duena, Batzordearen iritziz, **ez da estatuko legeriaren garapen materiala, legeri hori aplikatzeko xedapena baizik**, prozedurazko beste alde batzuk ere jorratzen dituena.

Dekretua ematen da HAZLBLren hirugarren artikuluak bai Ministro Kontseiluari, bai Autonomia Erkidegoko gobernu-organoari esleitzen dion ahalmena baliatuz; izan ere, aipatutakoek, dagozkien eskumenen esparruan, hauek deklara ditzakete: beren aplikazio-eremuko langileek, interes publikoak eskatuta, sektore publikoan bigarren lanpostu edo jarduera bat egiteko kasuak.

Eskumen hori aplikatuz, aldez aurretik honako hauek eman dira, besteak beste: irailaren 10eko 302/1985 Dekretua (zeinaren bidez, interes publikoko arrazoiak medio, hauen arteko bateragarritasun kasuak zehazten baitira: adierazten diren Bilboko Udalaren zerbitzuko karguetan jardutea, eta adierazten diren bigarren lanpostu batzuetako jarduera; hain zuzen ere, korporazio horren mendeko erakunde paramunizipaletakoa) eta irailaren 6ko 348/1994 Dekretua (zeinaren bitartez deklaratzen baita lanbide heziketa espezifikoko ikastetxe publikoetako irakasle funtzionarioen bateragarritasuna arautu gabeko lanbide heziketa emateko).

Egia da arlo horretan eskumenak banatzeko eskema dela estatu-oinarriak eta garapen autonomikoa; izan ere, Konstituzio Auzitegiaren 197/2012 epaiak (KAE), azaroaren 6koak, argi dio, aurreko jurisprudentzia aipatuz:

> Administrazio publikoen zerbitzuko langileen bateraezintasunei buruzko arauak eskumen-esparruan kokatzeari dagokionez, aipatutako 178/1989 KAEak, azaroaren 2koak (RTC 1989, 178), 6. oinarri juridikoan, honako hau ezarri zuen: “sektore publikoaren zerbitzuko langileen bateraezintasun-sistemak, langile horiei dagokien araubide juridikoa edozein dela ere, administrazio publikoen araubide juridikoaren barruan kokatu behar da”; eskumen-kokapen horren ildotik, EKren 149.1.18 artikuluaren arabera, Estatuari dagokio langile publikoen bateraezintasun-sistemaren oinarriak ezartzeko ardura; izan ere, 172/1996 KAEak, urriaren 31koak (RTC 1996, 172), 1. oinarrian gogorarazten duenez, lehenago aipatutakoari loturik, “administrazio publikoen zerbitzuko langileen bateraezintasun-araubidea oinarrizkoa da, sektore publiko osora proiektatzen den egitura eta antolamenduaren printzipio baten adierazpen den aldetik”. Horrek ondorioak dakarzkio legegile autonomikoari: Estatuak ezarritako oinarrizko arauak errespetatu beharko dira, bai eta garatu ere “haien ezaugarrien arabera, besteak beste, administrazio autonomikoen egitura eta administrazio horien zerbitzuko funtzio publikoaren diseinua, baita dagokien administrazio-jardueraren arloa edo sektorea ere” (87/2009 KAE, apirilaren 20koa [RTC 2009, 87], 2. oinarria, urriaren 31ko 172/1996 KAEn, 6. oinarria, esandakoa jasoz).

Alabaina, **proiektuaren** asmoa ez da bateraezintasunen arloko estatu-oinarri horiek garatzeari ekitea; aitzitik, dagoeneko aipatu den gaikuntza erabiliz, **bateragarritasun-kasu salbues-**

penezko bat baino ez du ezartzen, interes publikoa medio (berriz diote), kasu honetan, hezkuntza arloan (Autonomia Estatutuaren 16. artikulua) eta tokiko administrazioaren arloan (Autonomia Estatutuaren 10.4 artikulua) dituen eskumenen esparruan.

Argi dago HAZLBLk neurri berezi batzuk hartzea jasotzen duela, eta horietako batzuk baimenezko administrazio-egintza bakunen bidez gauzatzen direla, maila berean kokatuz Estatuko Gobernua, Autonomia Erkidegoko gobernu-organoa eta udalbatza, HAZLBLren 7.1 *in fine* eta 8. artikuluetatik ondorioztatzen den moduan.

Aipatu dugunak, hala ere, egintza arautzaile bat eskatzen du, eta hori Estatuko Gobernuak edo Autonomia Erkidegoko gobernu-organoak bakarrik har dezake, hala xedatzen baitu HAZLBLren 3.1 artikuluak; erregelamenduzko garapen horrek, indarrean egon bitartean, baimenezko egintzak ematea ahalbidetuko du, bateragarritasuna kasu zehatzetarako eskatzen denean.

Ildo horretan, proiektuaren edukia benetako araua da, geroagoko egoera juridikoen eredu gidaritzat hartzen baita, orokorra eta iraunkorra izateko asmoz, eta ez da aplikazio hutsean agortuko. Dena den, halakoa izanik, ez du bateraezintasun-araubidea egikaritzen edo garatzen, bateragarritasun kasu berezi bat baimendu baino ez duelako egiten, HAZLBLk ezarritako ahalmena erabiliz.

HAZLBLren lege-garapena izango litzateke, jakina, HAZLBLren 3.1 artikuluak ezarritako araubidea osatu eta zehaztuko lukeen lege autonomiko bat, modu orokorrean ezartzeko, adibidez, sektore publikoko zer eginkizun, lanpostu edo kolektibo baimen ditzakeen Gobernuak interes orokorreko arrazoiei erantzuteko; edo neurria hartzeko zer prozedura jarraitu behar den zehazteko. Erregelamendu autonomiko bat ere izan liteke, baina horrek indar arautzaile pasibo eskasa izango luke, maila bereko beste dekretu batek aldatu ahal izango lukeelako.

Gaineratu dezagun, bidenabar, ez dagoela jasota espedientean aipatzen diren bi dekretuek aldez aurreko txostenik jaso dutenik dagokion autonomia-erkidegoko maila goragoko organo aholku-emaileen aldetik: 14/2006 Dekretua, otsailaren 2koa, Asturiasko Printzerriko Gobernuarena, interes publikoa dela medio, sektore publikoan, musika arloko irakaskuntzan eta interpretazioan, bigarren lanpostu edo jarduera baten bateragarritasuna deklaratzen duena; eta 181/2006 Dekretua, urriaren 19koa, Galiziako Xuntako Gobernuarena, interes publikokotzat deklaratzen duena musika eta arte eszenikoak, arte plastikoak eta diseinua irakastearen eta kulturaren sektore publikoko beste lanpostu batean jardutearen bateragarritasuna.

Hori dela eta, etorkizuneko arauaren edukia aztertuz gero azaldutako oinarria hartuta, ikus daiteke horren xedea ez dela HAZLBL garatzea, baizik eta, aplikazioaren esparru hutsean, lege horren 3.1 artikuluaren arabera, sektore publikoko lanpostu eta jardueren arteko bateragarritasun kasu berezi bat onartzen dela.

Ondorioz, **proiektua ez denez estatuko legedia garatzeko eskumen autonomikoak erabiliz emandako erregelamendu-xedapena, horren azterketa kanpo geratzen da Batzorde honek –EABJLren 3.1.d) artikuluak zehaztutakoa betez– nahitaez esku hartu behar**

duen esparrutik. Hortaz, Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren antolamendu eta funtzionamenduaren Erregelamendua onartzen duen irailaren 12ko 167/2006 Dekretuaren 21. eta 28.2.a) artikuluetan xedatutakoa aplikatu behar da.

1/2018 ABJE, par.: 20.etik 31.era

Kasu honetan, **udalak eskatu du kontsulta, ABEEk eskaturik abiarazitako kontratu-suntsiarazpen espediente intzidental baten barruan; azken hori da, beraz, kontratua suntsiaraztea proposatzen duena**.

Inguruabar horrek berez baztertzen du, geroago azalduko dugunez, EABJLren 3.1.i) artikulua aplikatzeko aukera; baina, horrez gain, badago beste arrazoi argiago bat ere Batzordearen esku-hartzea baztertzeko: izan ere, ebazpen-proposamenean, **udalak errefusatu egiten du ABEE esleipendunak planteatu suntsiarazpen-intzidentea; hortaz, planteatu ere ez da egin araudian aurreikusitako kasu faktiko nagusia, hau da, Administrazioak bere prerrogatibetako bat erabiltzea.** Kasu honetan, kontratua alde bakarraren erabakiz suntsiaraztea.

Argitu behar dugu, sektore publikoko kontratuei dagokienez, Batzordearen esku-hartzeak, aipatu dugun bezala, sektore publikoko kontratuei buruzko legedian zehaztuta daudela. Aipatu legediak aldaketa puntuala izan du zentzu horretan, indarrean jarri baita 9/2017 Legea, azaroaren 8koa, Sektore Publikoko Kontratuena, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014ko otsailaren 26ko 2014/23/EB eta 2014/24/EB zuzentarauen transposizioa egiten duena Espainiako ordenamendu juridikora (aurrerantzean, 9/2017 Legea). Hala ere, hemen dagokiguna ez da batere aldatu Batzorde honek kontratuak suntsiarazteko kasuetan egiten duen esku-hartzeari dagokionez.

Administrazioak bere prerrogatibetako bat erabiltzeko esparruan planteatzen du esku-hartzea legediak; hala ere, egikaritze hori ez da gauzatzen, Administrazioak ez badu ebazpena bere kabuz planteatzen.

Era berean, **kontratu-suntsiarazpena ABEE esleipendunak proposatzeak baztertu egiten du**, lehenago aipatu dugun bezala, **Batzorde honen esku-hartzea, bai eta alderdi bien artean ebazpenaren ondorio ekonomikoen inguruko desadostasunak daudenean ere**. Egoera hori aztertu zen **Auzitegi Gorenaren epaian, 2012ko urtarrilaren 9koan** (RJ 2012\9), eta berretsi zen auzitegi berak martxoaren 26an emandako epaian (RJ 2012\5527). Epai bietan aztertzen da, hain zuzen ere, organo aholku-emailearen txostenaren beharra kontratistak berak eskatzen duenean kontratuaren suntsiarazpena, eta baztertu egiten da esku-hartze horren nahitaezkotasuna. Epai biek adierazten dutenez:

> (…) Administrazioak kontratua suntsitzea deklaratzen du, HAKLTBren 111. eta 149. artikuluetan jasotako arrazoietako bat dagoenean. Kontratua suntsiarazteko espedientea, Herri Administrazioen Kontratuei buruzko Legearen Erregelamendu Orokorra onartzen duen urriaren 12ko 1098/2001 Errege Dekretuaren 109. artikuluak xedatzen duenez,

errekurritutako ebazpena eman zenean indarrean zegoen idazketarekin bat, ofizioz abiaraz dezake Administrazioak, eta, kasu horretan, 10 egutegi-eguneko epea eman beharko zaio kontratistari kontratua suntsiarazteko erabakiarekin ados dagoela edo horren kontra dagoela adieraz dezan; bestela, kontratistak berak eska dezake prozedura abiaraztea (kasu horretan gertatu zen bezala). Hain zuzen, fase horretan azal dezake kontratistak kontratua suntsiarazteko erabakiarekiko desadostasuna, eta halako kasuetan, aipatu testuaren 59.3.a) artikuluarekin bat, nahitaezkoa izango da Estatu Kontseiluaren edo dagokion autonomia-erkidegoko organo aholku-emaile baliokidearen txostena. **Aztertutako kasuan, kontratistak berak aurkeztu zuen kontratua suntsiarazteko eskaera; beraz, ez zegoen kontratua suntsiaraztearen aurka.**

Bestelako ebazpen batean, jarraian edo aldi berean eman baitaiteke (obrak beste kontratista batek edo Administrazioak jarraitu behar dituenean), suntsiarazpenaren ondorioak zehaztuko dira, HAKLTBren 151. artikuluak xedatzen duenari jarraikiz. Errekurtsogileak kasu horretan adierazitako desadostasuna kontratua suntsiaraztearen ondorioei lotuta zegoen; izan ere, alderdiak zegokion errekurtsoa aurkeztu zuen kontratuaren behin betiko kitapenaren aurka (Administrazioak egindako kitapenaren aurka, alegia), eta horrek administrazioarekiko auzi-errekurtsoa ekarri zuen, auzialdiko salan 2483/2006 zenbakia zuena. Hortaz, bidezko da kasazio-errekurtsoa onartzea, auzialdiko epaiak gaizki interpretatu eta aplikatu baitzituen HAKLTBren 59.3.a), 149. eta 151. artikuluak.

Kontsulta egin den testuingurua laburbilduz, udalak ez du kontratua suntsiaraztea planteatu, beraz, ez du erabiltzen SPKLTBk halakoetan esleitzen dion prerrogatiba. Dena den, ezin da esan kontratista aurka dagoenik, ABEEak berak egin baitu kontratua suntsiarazteko eskaera, udalak lehenago erabakia kontuan hartuta. Batzorde honek ez du erabaki hori baloratu behar, SPKLTBren 223.g) artikuluan jasotako suntsiarazpen-arrazoia aipatzen baitzuen.

Testuinguru horretan, Batzordeak ezin du onartu Gasteizko Udalaren kontsulta, beste aldi batzuetan azaldu dugunez (adibidez, 92/2007 irizpenean edo 2/2013 erabakian), EABJLren 2. eta 3. artikuluetatik ondorioztatzen baita Batzordearen esku-hartzeak legez finkatuta daudela, eta ezin dela hautazko kontsultarik —ezta, hortaz, esku-hartzerik ere— egin. Araubide hori Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren antolamendu eta funtzionamenduaren Erregelamendua onartzen duen irailaren 12ko 167/2006 Dekretuaren bidez osatu da, eta beren-beregi dio [18, 21 eta 28.2.a) artikuluetan] erabaki batez bukatuko dela kontsulta-prozedura, Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoak eskumenik ez duela ikusten bada.

7/2018 ABJE, par.: 8.etik 14.era

II. Kontsulta berria

Orain kontsultarako aurkeztu zaion dekretu-proiektuaren aldaketari dagokionez, Batzordeak hau aztertu behar du, lehen-lehenik: ea esku hartzeko oinarririk duen, EABJLren 29. artikuluak aurreikusi duenaren arabera. Honela jorratzen du kontsulta berriaren kasua artikulu horrek: “Irizpena eman eta gero, irizpenaren aztergaian garrantzizko aldaketak egiten badi-

ra eta, ondorioz, batzordeak egindako iradokizun edo proposamenekin bat ez datozen edo horiek gainditzen dituzten eduki berriak jasotzen badira, aldaketa horiei buruzko kontsulta berria egin beharra dago".

EABJLren 29. artikuluaren arabera, "funtsezko aldaketa"rik gertatuz gero bakarrik izango da zilegi beste azterketa bat; "funtsezko aldaketa" hori zehaztu gabeko kontzeptu juridikoa da, eta hori zehazteko, artikuluak hitzez hitz dioenari jarraikiz, zera begiratu beharko da: funtsezko aldaketa horiek aurreko irizpenean aztertutakoarekin duten lotura. Edo, bestela esanda, 10/2000 irizpenean adierazi genuenaren ildotik (eta geroago emandako irizpenetan gogorarazi genuenez, hala nola 51/2014 irizpenean eta 2/2014 erabakian), behin gai jakin bati buruzko irizpena emanda, Batzordeak berriz aztertu beharko du gai hori, baldin eta lantze berri horretatik ateratzen bada aurreko txostenean aztertutako elementu edo funtsezko alderdiez bestelakorik badela, eta duten garrantziagatik, beste azterketa bat eskatzen dutela: orduan bakarrik, eta ez bestela.

Azaltzen den kontuari dagokionez, Auzitegi Gorenak Estatu Kontseiluari buruzko doktrina bat ezarri du, Batzorde honen esku-hartzeei aplikatu behar zaiena. Horren arabera, **organo aholku-emailearen esku-hartze berriaren esparrua honela zehazten da: "...Estatu Kontseiluak irizpena eman ondoren gehitutako berrikuntzak ez ditu Kontseiluak iradoki; ez dute zerikusirik kontsultaren edukiarekin eta, gainera, garrantzi handikoak dira"** (Auzitegi Gorenaren epaia, ─AGE─ 1993ko maiatzaren 27koa, RJ 1993\102040).

Ildo horretan, auzitegi horrek orain dela gutxi emandako **epaiak, 2018ko maiatzaren 18koa** ─JUR 2018\142040─, laugarren zuzenbideko oinarrian biltzen du jurisprudentzia-doktrina errepikatu hori, Estatu Kontseiluaren beste irizpen bat behar ote den proiektua aldatuz gero Estatu Kontseiluaren esku-hartzearen ondoren. Honako hau azpimarratzen du, beste epai batzuk aipatuz: "**ez da beharrezkoa Estatu Kontseiluari beste kontsulta bat egitea testuari ukituak edo funtsezkoak ez diren aldaketak egiten zaizkionean (…), ez eta proiektuaren eta behin betiko testuaren arteko desadostasunak lantze-prozeduraren ondorio logikoak direnean, hainbat organok ematen baitute txostena eta horrek aldaketak eragin baititzake azkenean onartzen den xedapenean**; gainera, Salaren doktrinak berak azpimarratu izan du interpretazio funtzional eta teleologikoa egin behar dela xedapen orokorrak egiteko ezarritako prozedura-bermeez, ez baitira egitearen formalismo hutsez justifikatzen, baizik eta duten xedeez, eta horren balorazioan aintzat hartu behar dira dena delako xedapen orokorraren berezitasunak (…)".

2018ko maiatzaren 18ko AGE horrek gogorarazten du, orobat, Auzitegi Gorenaren Administrazioarekiko Auzien Salaren jurisprudentzia dela (AGE, 2006ko martxoaren 8koa) ezen, xedapen orokor baten behin betiko testuan erantsitako aldaketak funtsezkoak ez direnean, ez dela beharrezkoa beste entzunaldi bat egitea xedapenaren xedearekin zuzeneko harremana duten interes legitimoak ordezkatzen dituzten elkarte, korporazio edo erakundeei, ezta Estatu Kontseiluaren irizpen berri bat egitea ere; "besteak beste, haien iritzia loteslea ez delako, hortaz, aldaketa ikuspegi erlatibotik ─txostena jasotako testuaren berrikuntzagatik─ zein ikuspegi absolututik ─berezko garrantziagatik─ aztertu ondoren funtsezko aldaketarik ez badakar aldez aurretik entzunaldi-izapidetik igaro edo txostena jaso duen ordenamenduan, egindako aldaketari dagokionez horiek ez egiteak ez dakar haren deuseztasun erradikalik, xedapena behin betiko idazteko ahala duenak kontsultatutako erakun-

deen, korporazioen, elkarteen eta erakundeen irizpidea edo ilustrazioa izan baitu, eta hori da, funtsean, bilatutako xedea (...) erregelamenduak egiteko prozedura ezartzean (...)".

Epai horrek 2001eko urtarrilaren 31koa ere aipatzen du, 1993ko maiatzaren 27ko epaiari lotuta, eta han egin ziren aldaketak baloratzen ditu, Estatu Kontseiluaren irizpen berririk behar ez zutela esanez, "bateragarri egin behar baitira irizpen horren izaera finala, aurretik azaldutako gai guztiak eta egindako txosten espezifiko guztiak laburbiltzen dituen judizio modura, eta Gobernuak erregelamenduak egiteko ahala baliatzea (...); eta hori kenduko zitzaion hitzez hitz egokitu behar izanez gero irizpen horren behin betiko idazketara, **irizpena emateko igorritako proiektuan jaso gabeko gaiak arautzen baziren edo haren antolaketa guztiz edo funtsean ezberdina bazen –betiere horiek Estatu Kontseiluak berak iradoki ez bazituen– baino ez zen alderdi horiei buruzko txosten berri bat eskatu behar**, erregelamenduak egiteko ahalaren titularrak baitu Estatu Kontseilura igorritako testuan azken idazketarako egoki deritzen erreformak gehitzeko ahalmena, adierazitakoa beste mugarik gabe (...)".

6/2018 ABJE, par.: 7.etik 12.era

III. Parametroak

A) Administrazio-egintzak

Kontratazioa

Berraztertze-prozesuaren lehenengo urrats moduan aurkeztutako erreklamazioaren izaera zehaztu behar da, eta horretarako, CUSA enpresaren eta Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorraren arteko harreman juridikoa aztertu behar da.

Kasu honetan, **sailak CUSA enpresak aurkeztutako erreklamazioaren kalifikazioa onartu besterik ez du egin. Enpresaren arabera, Administrazioak kontratuz kanpoko erantzukizuna du**, "itunpeko sustapena egin ez izana Etxebizitzako Plangintzaren eta Prozesu Eragileen Zuzendaritzak hartutako erabakiaren ondorioa" izan delako.

Hala ere, Batzorde honek ezin du irizpena eman espedienteak berak jasotzen dituen erreklamazioaren aurrekariak kontuan hartu gabe.

Erreklamazioaren jatorria da Eusko Jaurlaritzako Etxebizitza, Herri Lan eta Garraioetako sailburuaren Agindu bat, 2012ko ekainaren 14koa, baimena ematen baitu azalera-eskubidea era dadin Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioaren jabetzako "13-Floreaga" hirigintza-jarduerarako eremuan dauden lurren gainean, Gipuzkoako Ordizia udalerriko San Juan auzoan, xedetzat hartuta itunpeko sustapen bat, 13.1 eta 13.2 hirigintzako jarduketa-unitateetako lursailetan araubide orokorreko babes ofizialeko 30 etxebizitza eta lotutako eranskinak (merkataritza-lokalez gain, halakorik egonez gero) eraikitzeko.

2012ko uztailaren 20ko EHAAn, 142. zenbakian, aipatu itunpeko sustapena esleitzeko deialdi publikoari buruzko iragarkia argitaratu zen, eta, aurkeztutako eskaintzak aztertu eta baloratu ondoren, azalera-eskubidea CUSA enpresari esleitu zitzaion, Lurzoru eta Hirigintzako zuzendariaren 2012ko azaroaren 22ko Ebazpenaren bidez.

Esleipenaren ondorioz, alderdi biek zenbait betebehar hartu zituzten bere gain, eta elkarrekiko eskubideak bereganatu zituzten, izaera ezberdinekoak. Administrazioaren betebehar nagusia honako hau zen: Administrazioaren jabetzako lurren gaineko azalera-eskubidea eratzea enpresa adjudikaziodunaren alde, 75 urteko aldirako. Enpresak, bestalde, araubide orokorreko babes ofizialeko etxebizitzak eraiki behar zituen, Administrazioak ezarritako baldintzak betetzen zituzten pertsona fisiko edo bizikidetza-unitateei besterentzeko gero. Era berean, enpresak bere gain hartu zituen beste betebehar osagarri batzuk, zeinen barruan hauek azpimarratu behar diren: proiektaturiko eraikuntzatik ateratzen diren merkataritzako lokalak (241,15 m^2) Ordiziako Udalari dohainik ematea, Eusko Jaurlaritzako Etxebizitza, Herri Lan eta Garraio Sailaren izenean; Plan Berezia taxutzea, dagoen plangintza jasoko duena, bai eta etxebizitzen kopurua areagotzea ere, lerrokadurak eta sestrak doitzearekin batera, edota urbanizazioaren kargak ordaintzea, 100.000,00 euroko mugaraino (BEZa kanpo).

Erreklamaziotik ondorioztatzen denez, **jaso nahi den kalte-ordainari loturiko kaltea CUSA enpresa adjudikaziodunarekin zerikusirik ez duten faktoreen ondorioa da. Hain zuzen, egin ezinak inguruko urbanizazio-faseetako bat bete ez izanarekin du zerikusia** ─I. fasea, zeina, dirudienez, garai hartan etxebizitza arloan eskumena zuen sailak eta Ordiziako Udalak hitzartutakoaren arabera, azken horrek egin behar baitzuen─ **, baita eremu funtzionaleko etxebizitza-eskaririk ezarekin ere.**

Hortaz, **kontratuzko harreman baten barruan planteatutako erreklamazio baten aurrean gaude.**

Esandakoa berrestera datoz, gainera, alderdi biek kontratua esleitu ondoren eman dituzten urratsak; izan ere, harremana bi aldeen adostasunez suntsiarazteko urratsak egin dituzte, akordioa azkenean bertan behera geratu den arren, Kontrol Ekonomikoko Bulegoak eragozpenak jarri dituelako kasuaren izapidetzean. Dena den, eragozpen horiek ─batez ere gai formalei edo eskumen arlokoei loturikoak─ ez dute Administrazioaren eta CUSA enpresaren artean kontratuzko harremana dagoelakoa aldatzen.

Halako harreman baten aurrean gaudenez, gogorarazi behar da **Batzorde honen doktrina**, hots, kontratu-erantzukizuna eta kontratuz kanpokoa bereizteari buruzkoa; izan ere, **ez da bidezkoa kalte-ordainaren eskaria Administrazioaren ondare-erantzukizunaren ildotik bideratzea (kontratuz kanpoko erantzukizuna) baldin eta dena delako egintzak eta alegaturiko kaltearen erreparazioak prozedura-bide espezifiko bat badute, ordenamendu juridikoan ezarrita berau.**

Gure irizpen batean adierazi genuen bezala (67/2010 ABJI), ezin dugu alde batera utzi argi bereizteko modukoak direla bi erantzukizun-mota horiek; izan ere, "Sala honen 1999ko ekainaren 18ko epaiak dioenez, kontratuz kanpoko erantzukizunak ezinbesteko du administrazioaren jarduera jakin bat, zeinak, zeharka edo oharkabean, eta aldez aurretik eratutako edozein harreman juridikotik at, kalteak eragiten baitizkio pertsonen bati, hark kalteok jasateko betebehar juridikorik ez duela; kontratu-erantzukizuna, aldiz, kontratuan ezarritako betebehar bat ─kontratatzaileek─ ez betetzetik ondorioztatzen da" (Auzitegi Gorenaren epaia, 2000ko uztailaren 25ekoa).

Irizpide berberari jarraiki, auzitegi berak 2009ko martxoaren 4ko epaian argitu duenez, "erantzukizuna kontratuzkotzat jo behar da baldin eta pertsona jakin batzuen arteko mota horretako harreman edo lotura juridiko aldez aurrekoari lotzen bazaio pertsona horietako batek besteei kalteren bat eragitea, harreman juridiko horren urratzetzat jo daitekeena; hortaz, bi elementu behar dira: objektiboa —alderdiek sortu eta KZren 1258. artikuluaren arabera taxututako kontratu-erregelamentazioa ez betetzetik edo gaizki betetzetik sortu behar da kaltea— eta elementu subjektiboa —ez betetzea edo betetze akastuna gertatu den obligazio-harremanak kalte-eragilearen eta kalte-hartzailearen artekoa behar du, hain zuzen ere— (AGE, 2007ko urriaren 31koa). Hortaz, kontratuz kanpoko erantzukizunaren araubidea aplikatuko da, aldez aurretik obligazio-harremana izanda ere, kaltea sortu ez bada hitzartutakoaren eremuaren barne-barnean, hots, kalteak negozioaren izaeraz kanpokoak direnean, negozioaren exekuzioan gertatu arren (AGE, 2000ko abenduaren 29koa). Aldiz, kontratu-araubidea aplikatuko da baldin eta egitezko gertakari jakin baten aurrean arauak berariazko ondorio juridikoren bat aurreikusi badio obligazioaren ez betetzeari. Ezin dira, hala ere, eremu mistoak baztertu; batez ere, ez betetzea kontratuaren erregelamentazioari buruzkoa izaki, garrantzi berezia duten ondasunak ukitzen direnean, hala nola bizia edo osotasun fisikoa, babesteko betebehar orokor baten xede direla jo baitaiteke, doktrinak eta jurisprudentziak batzuetan erru zibilaren batasunaren printzipio deitu izan duten horren barruan".

Erreklamazioaren oinarria kontratuen arlora bideratuta, **ohartarazi behar da Batzorde honek ezin duela esku hartu —sektore publikoko kontratazioaren esparruan— Administrazioak egiten dituen kontratu guztietan, ezta egikaritzean sor daitezkeen gorabehera guztietan ere; hau da, administrazio-kontratutzat jotzen direnetan bakarrik har dezake esku, eta haien artean, legeak xedatutako kasuetan soilik**. Hori, jakina, ofizioz berrikusten diren kasuak alde batera utzita. Izan ere, halakoetan, pribatutzat jotako kontratuei eragin diezaiekeen berariazko araubide bat dago, zuzenbide pribatuko pertsonifikazio motak erabiltzen dituzten erakundeek esleituak izaten direlako.

Ondorioz, kontratuaren ezaugarriak aztertu behar dira, administrazio-kontratu bat ala kontratu pribatu bat den jakiteko.

Kontua ez da erraza, harreman konplexua delako; izan ere, ez da "ohiko kontratuak" esaten diegun horietan sartzen, eta ondare- eta hirigintza-konnotazio batzuk baditu, eta horiek kontratu-harremanean hainbat alde kontuan hartzeko beharra sortzen dute.

Zalantzarik gabe, aipatu dugun moduan, kontratua ohikoetako bat balitz bezala tratatzea baztertu behar dugu; baina, aitzitik, **administrazio-kontratu berezitzat** jo dezakegu. Horiek aipatzen ditu azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onetsitako Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bateginak (aurrerantzean, 3/2011 LED) 19.1.b artikuluan —azalera-eskubidearen eraketa lizitatu eta esleitu zenean indarrean zegoen araudia—. Kontratuak berezitzat jotzen dira objektutzat dutenean legeak ohiko kontratuentzat zehaztu ez dituenetakoren bat, baldin eta berdin lotzen bazaizkio administrazio kontratatzailearen jardun edo trafiko berariazkoari, edota zuzenean edo zeharka haren eskumen berariazkoari dagokion xede publiko bati erantzuten badiote.

Kalifikazio hori ez da erraza izaten, ezta ere, kontratuaren xedeak Administrazioaren ondare-ondasun bati ukitzen dionean, lege beraren 4.1.p) artikuluak kontratu pribatutzat hartzen baititu, oro har, ondasun higiezinen gainean egindako salerosketa-, dohaintza-, truke- eta errenta-

mendu-kontratuak eta gainerako negozio juridiko antzekoak. Horiek guztiak sektore publikoko kontratuei buruzko legediaren esparrutik kanpo geratzen dira, eta, araubide juridikoari dagokionez, ondareari buruzko legeriari lotzen zaizkio. Esklusio berari eusten zaio 9/2017 Lege berriaren 9.2 artikuluan ere.

Kontua, hortaz, **honako hau zehaztean datza: ea, Administrazioak egindako kontratu bat administrazio-kontratutzat jotzeko, horren xedea egikarituz lortu nahi den interes publikoarekiko lotura nagusitu behar den ala kontratuaren xedea bera nagusitzen den, kausa alde batera utzita.** Bigarren kasu horretan, 3/2011 LEDen 4.1.p) artikuluak aipatzen dituen kontratuak, administrazio publiko batek egiten baldin baditu ─aztergai duguna barne─, pribatuak izango lirateke beti, haien helburua edozein dela ere.

Errealitateak erakusten duenez, administrazioan ez da beti berdin tratatzen **azalera-eskubide baten eraketa, eskubidea administrazio publiko batek bere ondarea osatzen duten lurren gainean sortzen duenean**. Zenbaitetan, sektore publikoaren eta pribatuaren arteko lankidetza-kontratutzat ere hartu da (Andaluziako Juntako Kontratazio arloko Errekurtsoen Administrazio Auzitegiaren 24/2012 Ebazpena, Justiziaren Hiria izateko eraikin bat eraikitzeari eta ustiatzeari buruzkoa). Bigarren aukera bat ondorioztatzen da Madrilgo Aholku Kontseiluaren 2014ko apirilaren 30eko 181/2014 irizpenetik, kirol-azpiegitura batzuk eraikitzeari buruzkoa bera, non kontratu pribatu hustzat jotzen baita. Hala ere, administrazio-kontratu berezitzat ere jo da, adibidez, Asturiasko Printzerriko Aholku Kontseiluaren 385/2011 irizpenean, abenduaren 22koa bera, hirugarren adinekoentzako egoitza bat eraiki eta ustiatzeko azalera-eskubidearen kasu bati heldu baitzion.

Aztergai dugun kasuari dagokionez, **Batzorde honek argi eta garbi egin behar du kontratuaren administrazio-izaeraren alde, kontratuaren kausa eta helburua nagusitzen baitzaizkio edukiaren ondare-izaera hutsari.**

Lehenago aipatu dugunez, azalera-eskubidearen pean lagatako lurren xedea, aipatu azalera-eskubidea kostu bidez ematea arautzen zuen baldintza tekniko eta juridikoen agirian jasota dagoenaren arabera, araubide orokorreko babes ofizialeko 30 etxebizitza eraikitzeko oinarria izatea zen, etxebizitza horiek, ondoren, etxebizitza arloan eskuduna den sailak ezarritako baldintzak betetzen zituzten pertsona fisikoen edo bizikidetza-unitateen esku jartzeko asmoz.

Agirian jasotakoarekin bat, pertsona natural nahiz juridikoak, espainiarrak zein atzerritarrek, bildu zitezkeen deialdira, baldin eta jarduteko gaitasun osoa bazuten, dagozkien erregimen juridikoen arau erregulatzaileen arabera eratuta bazeuden, eta baldin eta sektore publikoko kontratuei buruzko legedian ezarritako baldintzak betetzen bazituzten.

Proposamen eta dokumentazio osagarria aurkezteko prozesua babes publikoko etxebizitzen araubide juridikoari eta etxebizitzaren eta lurzoruaren inguruko finantza-neurriei buruzko martxoaren 4ko 39/2008 Dekretuaren 34.1 artikuluan xedatutakoak arautzen zuen; araudi horrek, zalantzarik gabe, izaera publikoa du, eta nagusitu egiten zaio ekintzaren ondare-izaera hutsari.

Babes publikoko etxebizitzen itunpeko sustapenen ondoriozko onuren esleipena arautzen zuen administrazio-klausula berezien agiriak ezartzen zuenez (lizitazio irekiko prozedura, eta lehiaketa esleipen-modalitatetzat), lehiaketa bera eta ondoren zetozen jarduketak honako hauetan jasotako klausulen arabera arautu ziren: klausulen agiria; Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkarian argitaratutako deialdiaren oinarriak; eta baldintza tekniko eta juridikoen agiria. Bertan jasota ez zegoen kontu guztietarako, administrazio-kontratazioaren eta ondarearen arloan indarrean zegoen legedia aplikatuko zela ezarri zen.

Auzitegi Gorenaren Zibileko Salak azaroaren 26ko 1110/2002 epaian (RJ 2002\9935) berretsi duenez, doktrinaren sektore garrantzitsu baten arabera, **azalera-eskubidea bi motatakoa izan daiteke: hiriko** erkidea edo klasikoa (hiri-lurzoruei dagokie, interes partikularrak asebetetzea du helburu, ez du zertan egon zuzenbide zibilak ezarritakoaz bestelako erregulazio baten eraginpean egon); **eta hirigintzakoa**, zeinak, Administrazioak lurzoruaren merkatuan jarduteko eta etxebizitzak edota antolamendu-planetan zehaztutako beste eraikin batzuk eraikitzea bultzatzeko erabili nahi dituen tresnetako bat denez, Lurzoruaren Legearen aginduak bete behar baititu. Bereizketa hori zehaztasun handiagoz jaso eta azaldu du Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko Auzien Salaren 2. atalak, ekainaren 10eko 829/2003 epaian.

Doktrina horren arabera, bereiztekoak dira, batetik, hiriko lurzoruaren gaineko azalera-eskubide bat eratzea (sektore publikoko kontratuei buruzko legediaren aplikazio-eremutik kanpo geratzen den negozioa) eta, bestetik, aztertzen duguna bezalako kasuak, hau da, **azalera-eskubidea administrazioen tresna denean, etxebizitza-politika gauzatzeko erabiltzen dutena**; azken kasu horretan, **helburu publiko batekin garatzen da, arauketa juridiko-publiko baten esparruan.**

Bigarren kasu hori —berriz ere esango dugu aztertzen dugun kasua dela— Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko ekainaren 30eko 2/2006 Legean ere jasota dago, hain zuzen, 128. artikuluan eta hurrengoetan, lurzoru-ondare publikoen ustiapenari buruzkoetan. Jakina denez, ondare horiek independenteak dira, bereizita daude administrazio bakoitzaren gainerako ondaretik eta hirigintzari eta etxebizitzari loturiko hainbat helburu publiko bete behar dituzte. Bestalde, 39/2008 Dekretuak, martxoaren 4koak, babes publikoko etxebizitzen araubide juridikoari eta etxebizitzaren eta lurzoruaren inguruko finantza-neurriei buruzkoak, 28. artikuluan jasotzen du azalera-eskubidea. Horren arabera, azalera-eskubideak eratu ahal izango dituzte administrazio publikoek bere jabetzako lurren gainean, babes ofizialeko etxebizitzak eraikitzeko. Eskubidea, nolanahi ere, azalera-eskubidedunarena izango da.

Halaber, hemen aztertzen ari den kontua ebazteko araubide juridiko konplexua osatze aldera, Euskadiko Ondareari buruzko Legearen testu bategina onartzen duen azaroaren 6ko 2/2007 Legegintzako Dekretuaren bigarren xedapen gehigarrian ezarritakoa aipatu behar da. Xedapen horrek baieztatu egiten du Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrak burutzen dituen ondare-eragiketak bereizi behar direla etxebizitzen sustapenari eragiten diotenean; izan ere, "etxebizitza-politikaren alorrean, etxebizitzak sustatzeko ondasun eta eskubideek berariaz dituzten arauak

izango dituzte jarraibide, eta, osagarri modura, lege hau; lege hau aplikatzerakoan, ordea, etxebizitza arloan eskumena duen sailak baliatuko ditu ondare-arloan eskumena duen sailari esleituriko eskumenak".

Azkenik, beste argudio bat gehitu behar da kontratuaren administrazio-izaeraren alde eta sektore publikoko kontratuei buruzko araudiaren menpe jartzearen alde, erregulazio konplexu horri dagozkion berariazkotasunekin batera.

Izan ere, arau-testuingurua desberdina izan arren (kontratuei buruzko Estatuko lege zaharra aplikatzen zitzaion orduan kasuari), gure ustez, indarrean dago eta guztiz zentzuzkoa da Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien Salak erabilitako argudioa (2004ko urriaren 6ko epaia; RJ\2004\7313), Administrazioaren jabetzako lur batzuk etxebizitza babestuak eraikitzeko besterentzeari buruz. Epai horretan adierazi denez,

> (…) ez dago zalantzarik, beraz, 1980ko uztailaren 26ko BOEn argitaratutako lehiaketaren bidez burututako esleipenaren kasuan, ez dela irabazi-asmoa duen hitzarmen juridiko pribatu bat sinatuko, ondare-izaera duten ondasunei eragiten dieten eta zerbitzu publiko bat betetzeko ez diren hitzarmenen kasuetan gertatzen den bezala (2002ko otsailaren 15eko epaia); horrela da, are gehiago, kontuan hartzen bada azken xede hori zentzu zabalean ulertu behar dela; izan ere, hala ondorioztatzen da Sala berak hartutako erabaki zehatz batzuetatik, bai zezen-plaza bat zezen-ikuskizunak —udal baten kultura-jarduketen arloan sartzen direnak— kudeatzeko alokatu nahi denean, aparkaleku bat egin nahi denean (2001eko urriaren 30eko epaia, lehen aipatutakoa), baita kirol-instalazioak eta erabilera publikoko instalazioak egin nahi direnean (1999ko maiatzaren 4ko epaia). Eta are gehiago, gaiari buruzko berariazko legedian xedatutakoa betez esleituko diren babes ofizialeko etxebizitzak eraiki eta prezio finkatu baten truke saldu nahi denean. Hain zuzen ere, jurisprudentzia-doktrinak zenbaitetan azaldu du iritzi esplizitua gai zehatz horren inguruan, bai errekurtsoari aurka egiteko idazkian transkribatzen diren 1996ko martxoaren 12ko (RJ 1996, 2030) eta ekainaren 11ko (RJ 1996, 6123) ebazpenen bidez, baita ebazpen berriago batzuetan ere: 1999ko urriaren 6koan (RJ 1999, 8839) eta 2003ko ekainaren 27koan (RJ 2003, 6149), horrelako etxebizitzak eraikitzeak zalantzarik gabe duen helburu soziala horretarako sinatzen den kontratuaren administrazio-izaera ezartzeko baldintzetako bat dela azpimarratuz.
>
> (…) Legearen xedapenak ez du salbuesten auzigai den kontratua administrazioarekiko auzien jurisdikzioaren menpe egotetik; bestalde, Estatuaren Ondarearen Legearen xede bakarra (RCL 1964, 896, 1024) 1964ko apirilaren 15eko testu artikulatuaren 1. artikuluan jasotako ondasunak edo sektore publikoko jarduera komertzialak eta industrialak eskuratzeko, kontserbatzeko, etekinak ateratzeko erregimena eta araubide juridikoa arautzea da (jarduera horiek inola ere ez diote eragiten Administrazioak zerbitzu publikoaren interesa betetzeko helburuz izaera bera duten ondasunak besterenduz egiten dituen kontratuen izaerari).

Horrenbestez, Batzordearen iritziz, **administrazio-izaera duen kontratu bat sinatzeko prozeduraren aurrean gaude. Gauzak horrela, enpresaren erreklamazioa bide horretan izapidetu behar da, eta dagokion araubide juridikoa, esan bezala, baita kontratua**

prestatzeko egintzei dagokienez ere, sektore publikoko kontratazioa arautzen duen araudian dago batez ere.

Kasu honetan, beste arazo bat ere sor daiteke: erantzukizun mota zehazteko zailtasuna. Horri aurrea hartuz esan behar da **aztergai dugun kontratua esleipenaren bidez burutu dela**. Izan ere, 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuak administrazio-kontratuak formalizatzen direnetik bakarrik aurreikusten du burutzapena ─paradigma-aldaketa hori Sektore Publikoko Kontratuei buruzko 30/2007 Legea aldatzeko abuztuaren 5eko 34/2010 Legearekin gertatu zen─; hala ere, kasu honetan, azalera-eskubidearen kostu bidezko emakida arautzen zuen baldintza tekniko eta juridikoen agiriak azalera-eskubidea eskritura publikoan formalizatzea bakarrik jasotzen zuen, bestelako elementu formalik aipatu gabe eskaintza aurkeztuz eta itunpeko sustapenaren onurak esleituz aldeek bereganatzen zituzten elkarrekiko betebeharrak bereganatu zitzaten.

Alabaina, hori ez da **gure esku-hartzea** nahitaezkotzat jo baino lehen ebatzi behar den kontu bakarra; izan ere, **gure esku-hartzea ez da beharrezkoa izaten administrazio-kontratu baten indarraldian gertatzen diren gorabehera batzuk ebazteko**. Lehen esan bezala, Batzordearen esku-hartzea eskatzen duten kasuak legez finkatuta daude, eta ez dago hautazko kontsultarik egiteko aukerarik.

Oraintsu indarrean jarri arte 9/2017 Legea, azaroaren 8koa, sektore publikoko kontratuei buruzkoa, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014ko otsailaren 26ko 2014/23/EB eta 2014/24/EB Zuzentarauak Espainiako ordenamendu juridikora ekartzen dituena (aurrerantzean, 9/2017 Legea), Batzorde honen esku-hartzea, kontratuei loturiko erreklamazioetan, hauetara mugatzen zen, EABJLren 3.1.i) artikuluarekin bat: administrazioaren kontratuen deuseztatzea, interpretatzea eta suntsiaraztea, administrazio publikoen kontratuei eta tokiko erregimenari buruzko legeek xedatutakoaren arabera.

Indarrean jarri zen **9/2017 Legeak Batzorde honen jarduera-eremuari eragiten dion berrikuntza ekarri du,** EABJLren 3.1 artikuluaren n) apartatuan xedatutakoaren bidez; izan ere, horren arabera, Batzordeari kontsultatu behar zaizkio, besteak beste, EABJLren aplikazio-eremuan dauden administrazioen eskumeneko gainerako gaiak, lege maila edo indarra duten arauen arabera Administrazio aholku-emailearen parte-hartzea nahitaezkoa dutenean.

Izan ere, **9/2017 Legearen 191.3 artikuluak c) apartatu berri bat** gehitu dio, 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuak 211.1 artikuluan ─baita bere legegintzazko aurrekarietan ere─ xedatu zuenari, **Estatu Kontseiluaren edo autonomia-erkidego bakoitzean baliokidea den aholku-organoaren irizpenaren nahitaezkotasuna ezartzeko: "Administrazioari zuzendutako erreklamazioak, azken horrek izan dituen kontratu-erantzukizunetan oinarritzen direnak, baldin eta erreklamatutako kalte-ordainak 50.000 eurorenak edo gehiagorenak badira. Zenbateko hori kasuan kasuko autonomia-erkidegoaren araudian beheratu ahalko da".**

Lege berriak **ekarritako berrikuntzaren** egokitasuna baloratzeko toki egokia ez bada ere, neurri batean sakondu behar dugu horren jatorrian eta helburuan, Batzorde honen jarduketa-eremuan izan dezakeen eragina zehazteko.

Hasteko, 9/2017 Legeak apartatu berria esplizituki jasotzeko arrazoia Estatu Kontseiluak 2016ko martxoaren 10ean igorritako 1116/2015 irizpenean bilatu behar da. Irizpenaren xedea Sektore Publikoko Kontratuei buruzko Legearen aurreproiektua zen, azkenean 9/2017 Lege bihurtu zena.

Izan ere, Estatu Kontseiluak honako hau ohartarazi zuen irizpenean:

> Estatu Kontseiluari buruzko apirilaren 22ko 3/1980 Lege Organikoaren jatorrizko idazketarekin bat, Batzorde Iraunkorraren esku-hartzea nahitaezkoa zen "Estatuko Administrazioari kalte-galeren ordaina eskatzeko aurkezten zaizkion erreklamazioei" loturiko espedienteetan (22.13 artikulua). Estatu Kontseilu honek azaroaren 7ko 1699/96 Irizpenean ezarri zuenez (Estatuko Abokatutzak Administrazioaren kontratuzko erantzukizunari buruzko espedienteetan irizpenaren nahitaezkotasuna planteatu zuen kontsulta bati dagokionez), kopiatutako 22.13 artikuluak ez zuen azaltzen "Administrazio Publikoari ordaina eskatzeko uzia babesten duen titulu juridikoa. Hala, Estatu Kontseilu honen nahitaezko esku-hartzea eskatzen da Administrazioaren aurrean kalte-ordainaren erreklamazioa aurkezten den bakoitzean, alde batera utzita zer titulu juridiko izango litzatekeen —kontratuzkoa zein kontratuz kanpokoa—, objektiboki, horren oinarri".
>
> Abenduaren 28ko 3/2004 Lege Organikoaren bidez burututako erreformak ez zuen gai horretan eraginik izan, muga ekonomikoa ezarri besterik ez zuelako egin (6.000 euro edo legez xedatutako zenbateko handiago bat); hortik aurrera, nahitaezkoa izango zen-eta irizpena ematea Administrazioari zuzendutako erreklamazioetan. Ekonomia Jasangarriaren Legea osatu zuen martxoaren 11ko 4/2011 Lege Organikoak, aldiz, bai eragin zion. Izan ere, azken xedapen horrek eman zion oraingo idazkera Estatu Kontseiluari buruzko apirilaren 22ko 3/1980 Lege Organikoaren 22.13 artikuluari. Horren arabera, Batzorde Iraunkorrari "honako gai hauek kontsultatu beharko zaizkio: (...) Hamahiru. Estatuko Administrazio Orokorrari kalte-galeren ordaina eskatzeko aurkeztutako erreklamazioak, legeek ezarritako kasuetan".
>
> Ez dago zalantzarik Estatu Kontseiluaren irizpena nahitaezkoa dela kontratuz kanpoko erantzukizuna dagoen kasuetan, (…)
>
> Hala ere, kontratazio publikoaren arloan, Estatu Kontseiluaren apirilaren 22ko 3/1980 Lege Organikoaren 22.13 artikuluaren idazketa kontuan hartuta —indarrean baitago—, zalantzan jar daiteke Estatu Kontseiluaren esku-hartzearen nahitaezkotasuna. Kontsulta kidego gorenak kontratuzko erantzukizuneko espedienteetan izan duen esku-hartzeak neurtutako doktrina ezartzea ahalbidetu du, eta hori lagungarria izan da, adibidez, kontratua eteten denean kontratistek eska dezaketen kalte-galeren ordaina baloratzean sortutako interpretazio-zalantzak argitzeko.
>
> Hori dela eta, guztiz komenigarria da administrazio-kontratuen ondorioak eta betetzeko eta azkentzeko modua arautzeko orduan, haiek direla eta argi eta garbi adierazitea —oraingo zalantzak saihesteko— Estatu Kontseiluaren irizpena nahitaezkoa dela Estatuko Administrazioari zuzentzen zaizkion erreklamazio guztiak izapidetzeko, egotz dakiokeen kontratuzko erantzukizunean oinarrituta badaude, eta zenbateko jakin batetik

aurrera (muga hori 50.000 euro ere izan daiteke, kontratuz kanpoko erantzukizunarekin bat).

Estatu Kontseiluaren proposamena jasotzeko, dagoeneko aipatu den c) apartatua gehitu zen proiektuan, hain zuzen, 9/2017 Legearen 191.3 artikuluan, hau da, kontratuaren ondoriozko prerrogatibak gauzatzeko prozedura arautzeko artikuluan; prerrogatiba horiek, era berean, lege berriaren 190. artikuluan definituta daude. Ohartarazi behar da lege berriak bi ahalmen kalifikatzen dituela horrela, Administrazioari lehenago ere aitortzen zitzaizkionak prerrogatibatzat formalki jo gabe: i) kontratua etetea, legearen artikuluek ezarritakoaren ondorioz; eta ii) kontratuaren exekuzioaren ondorioz hirugarrenen aurrean sor daitekeen eta kontratistari egotz dakiokeen erantzukizuna deklaratzea. Jurisprudentziak —eta Batzorde honek— 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren 214. artikulutik ondorioztatu zuen hori.

Nolanahi ere, **ez da ikusten** —edo behintzat, ez dago behar bezain argi— **Estatu Kontseiluari edo autonomia-erkidegoko organo aholku-emaile baliokideari esleitutako eginkizun berria, administrazio-kontratazioaren berariazko esparrukoa, ohiko prerrogatibetako bati —edo lege berrian prerrogatibatzat jotzen diren horietako bati— bereziki lotuta dagoenik,** eta ez dirudi Estatu Kontseiluaren arrazoibideak norabide hori duenik. Azaldutakoa ikusita, helburua hauxe zen: argitzea zer esku-hartzen zuen kontratu-izaerako kalte-galeren ordaina eskatzeko erreklamazioetan, Estatu Kontseiluaren lege organikotik beretik ondorioztatzen baitzen, Estatuko Administrazioari dagokionez. Hori guztia, gainera, Administrazioari administrazio-kontratuetan esleitzen zaizkion ohiko prerrogatibak alde batera utzita.

9/2017 Legeak organo aholku-emaileen nahitaezko esku-hartzea aurreikusi duenez Administrazioari egotz dakiokeen kontratuzko erantzukizuna oinarri duten erreklamazio guztietarako, pentsa daiteke esku-hartze hori izaera ekonomikoko edozein erreklamaziotan dela nahitaezkoa, baldin eta finkatutako muga ekonomikoa —edo autonomia-erkidegoek finkatuko duten muga— gainditzen bada; hortaz, bi interpretazio baino ezin dira egin. Lehenengoak esan nahi izango luke organo aholku-emaileen esku-hartzea ez litzatekeela mugatuko Administrazioak bere ohiko prerrogatibak erabiltze hutsera. Horrela bada, c) apartatua lege berriaren 191.3 artikuluan kokatzea, kasurik onenean, asistematikoa izango litzateke. Bigarren interpretazioaren arabera, Administrazioak kontratuei lotutako kalteen erreklamazio bati aurre egiten dionean, lehentasunezko edo pribilegiozko egoera hartuko luke, eta legeak esleitu dizkion prerrogatibetako bat baliatuko luke. Bigarren kasuan sortzen den arazoa izango litzateke prerrogatiba hori identifikatzea lege berriaren 190. artikuluan jasotakoen artean. Horrela planteatutako gaiak oraindik baloratu gabe dauden ondorioak ditu; izan ere, prerrogatiba berri baten aurrean gaudenez, aplikatzeko orduan, 9/2017 Legeak ezarritako araubide iragankorra kontuan hartu beharko litzateke nahitaez.

Azken gai horren haritik ohartarazi behar da esku-hartze horren kokapen sistematikoak —9/2017 Legearen 191. artikuluan— beste arazo bat dakarrela, eta horri erantzun behar zaiola Batzorde honek erreklamazio horretan nahitaez esku hartzea baieztatu edo baztertu baino lehen.

Artikulua legearen bigarren liburuko I. tituluaren I. kapituluan dago. Hain zuzen, 3. atalean, "Administrazio-kontratuen ondoreak eta administrazio-kontratuak betetzea eta azkentzea" izenburukoan.

Horiek horrela, legearen lehenengo xedapen iragankorra legea indarrean jarri aurretik hasitako espedienteei eta adjudikatutako kontratuei buruzkoa da; 2. apartatuaren arabera, legea indarrean jarri aurretik adjudikatutako administrazio-kontratuak, "aurreko araudiaren bidez arautuko dira haien ondoreei, betetzeari eta azkentzeari dagokienez, haien aldaketa, iraupena eta luzapen-araubidea barnean direla".

Beraz, ez da zentzugabea **galdetzea ea 3/2011 Legegintzako Errege Dekretua indarrean zegoenean adjudikatutako kontratu bati 9/2013 Legearen 191. artikuluan xedatutakoa aplikatu behar zaion. Horrela ez bada, Batzorde honen esku-hartzea 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren 211. artikuluan xedatutakoaren esparruan soilik plantea daiteke, eta orduan, honako kasu hauetan bakarrik aplikatuko litzateke: kontratua interpretatu, aldatu eta suntsiarazten denean, eta kontratistari egotz dakiokeen hirugarrenekiko erantzukizuna (kontratua exekutatzearen ondoriozkoa) deklaratzen denean**. Azken kasu horretan, hala ere, Batzorde honen esku-hartzea Administrazioaren kontratuz kanpoko erantzukizunaren esparruan gertatu da gaurdaino.

9/2017 Legearen 191. artikuluak prerrogatiben gauzatze-prozedura arautzen duela kontuan hartuta, gaia honako printzipio hau hartuta ebatz daiteke: prozedura noiz hasi den, orduan indarrean dagoen prozedura aplikatu behar da, non eta kontrakorik ezartzen ez den beren-beregi. Hala ere, horretarako, 191.3 artikuluaren c) apartatua aplikatzea eskatzen duen prerrogatiba identifikatu beharko da aldez aurretik; bestela, erreklamazioa 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuak prerrogatibatzat jotzen zituenetako batekin lotu ezin bada, prerrogatiba sortu berri baten aurrean gaudela jo beharko da, eta 9/2017 Legea indarrean jarri ondoren adjudikatutako kontratuetan bakarrik erabili ahal izango du Administrazioak.

Kontsultaren gaia den kasu zehatzari berriz helduta, **kontratuaren adjudikaziodunak berak lotu dituenez erreklamatutako kalteak kontratua lehiaketa publikoaren bidez adjudikatzearekin, baztertu egin behar da Administrazioaren ondare-erantzukizuna edo kontratuz kanpokoa arautzen dituzten arauak aplikatzeko aukera**, aztertzen ari garen kasuko ezaugarriez bestelakoak beharko lirateke eta azken erantzukizun-mota horretan sartzeko.

Aldea begi-bistakoa da, adibidez, akzioaren preskripzio-epean. Ebazpen-proposamenean, erreklamazioa baztertzeko lehenengo arrazoia akzioaren preskripzioa da, Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkideari buruzko urriaren 1eko 39/2015 Legearen 67. artikuluan xedatutakoa kontuan hartuta. Hala ere, epe hori desberdina da kontratu bat oinarri duten akzioen kasuan; eta, kontratuak administrazio-izaera duenean, Batzorde honen iritziz, aurrekontuen araudia hartu behar da kontuan, araudi zibilaren gainetik, preskripzioaren ondorioetarako. Hori da Auzitegi Gorenaren 2003ko urtarrilaren 27ko epaitik ondorioztatzen den tesia (RJ 2003\2282), doktrina bateratzeko kasazio-errekurtsoan eman baitzuen; egin-eginean

ere, administrazio-kontratu baten esparruan Administrazioari zenbateko bat erreklamatzen zaiolarik, hau adierazi zuen:

> Izan ere, Kantabriako Eskualde Diputazioak bere gain hartu zuen zuzenbide publikoko betebeharra betetzeko eskaeraren aurrean gaude, bidegabeko aberastea debekatzen duen printzipioa betetzearren, diputazioak onura atera zuelako Cosacal SA-k burutu zituen eta ordaindu ez zitzaizkion obra batzuetatik. Hori dela eta, kontuan hartu beharreko arauak, preskripzioari dagokionez, ez dira Kode Zibilekoak, Aurrekontuen Lege Orokorrean ezarritakoak baizik.

Harremanaren izaera (eta ondorioz, erreklamazioarena) kontratuzkoa da, eta hori, lehen esan bezala, etxebizitza arloan eskuduna den saila CUSA enpresarekin zuen kontratua suntsiarazteko akordioa lortzen saiatu zen bitartean ere (2015. urtean) ikusi da. Izan ere, akordioa prestatzeko fasean, CUSA enpresak, 2015eko urriaren 8ko idazkian, onartu egin zuen akordioa, horren ondorioz sor litezkeen (orain edo etorkizunean) erreklamazio guztiei uko eginez. Hala ere, akordioak ez zuen emaitzarik izan Kontrol Ekonomikoko Bulegoak eragozpenak jarri zituelako.

Baztertu egin behar da, hortaz, Batzorde honen esku-hartzea sailak planteatutako ikuspegitik, eta, hala badagokio, bideratu egin behar da EABJLren 3.1 artikuluaren i) apartatuan aurreikusitako kasuetako batera, edo, 9/2017 Legearen 191.3 artikuluko c) apartatu berrian xedatutakoaren ondorioz —Administrazioari zuzendutako erreklamazioak, azken horrek izan dituen kontratu-erantzukizunetan oinarritzen direnak, baldin eta erreklamatutako kalte-ordainak 50.000 eurorenak edo gehiagorenak badira—, gure eskumenen zerrendan EABJLren 3.1 artikuluko n) apartatuaren bidez gehitzen den kasu batera, —EABJLren aplikazio-eremuan dauden administrazioen eskumeneko gainerako gaiak, lege maila edo indarra duten arauen arabera Administrazio aholku-emailearen parte-hartzea nahitaezkoa dutenean—.

Dena den, esku-hartze hori sektore publikoko kontratuei buruzko legedian —3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren 211. artikuluan edo 9/2017 Legearen 191.3 artikuluan— ezarritako prozeduraren barruan bakarrik burutu ahal izango da; horiekin bat, kontratuak interpretatu, deuseztatu edo suntsiaraztean, esku-hartzea nahitaezkoa izateko, kontratistak aurkakotasuna azaldu behar du. Kontratuen aldaketei dagokionez, 9/2017 Legearen 191.3 artikuluak mugatu egin ditu organo aholku-emailearen esku-hartzeak administrazio-klausula berezien agirian jasota utzi ez diren aldaketetara; halaber, igo egin du 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuan ezarritako ehunekoa (kontratuaren hasierako prezioaren % 10 izatetik % 20 izatera, BEZa kanpo), eta mantendu du prezioaren atalasea: 6.000.000 euro.

Dagoeneko azaldu diren arrazoiak direla medio, ez da lekua, ezta unea ere, 9/2017 Legearen 191.3 artikuluko c) apartatu berrian xedatutakoaren eragin zehatza —behar bezalako sakontasunez— aztertzen hasteko, organo aholku-emaileen esku-hartzeari dagokionez. Hala ere, **aztergai dugun kasua,** horretarako prozedura errespetatuz, **kontratua suntsiarazteko kasu batean sar daiteke, baina, Batzorde honen esku-hartzea nahitaezkotzat jotzeko, argi**

eta garbi identifikatu beharko lirateke suntsiarazteko kausa eta kontratistak azaldutako aurkakotasunaren arrazoiak.

Kontratua suntsiarazteari dagokionez, Administrazio Publikoen Kontratuen Legearen Erregelamendu Orokorra onesten duen urriaren 12ko 1098/2001 Errege Dekretuaren 109. artikuluan xedatutakoa ere kontuan hartu behar da. Bestalde, kontratuaren exekuzioan sortzen diren gorabeherak ebazteko, aipatu araudiaren 97. artikuluan aurreikusitako izapideak bete beharko dira.

Hitz batez, **kontratu-izaerako erreklamazioa denez, Batzorde honen esku-hartzeak legez ezarritako kasuetako baten barruan egon behar du, dagozkion bideetan izapidetu ondoren; orduan bakarrik eskatu ahal izango zaio irizpena organo aholku-emaile honi.**

5/2018 ABJE, par.: 9.etik 63.era

Ondare-erantzukizuna

Halaber, esan behar da **biktimaren eskubidea ─kalte-ordaina jasotzeko─ zigor-epaiaren bidez aitortzea ez dela oztopoa ondare-erantzukizunaren akzioa baliatzeko, oinarri desberdina duelako; izan ere, guztiz "bateragarria da delituaren ondoriozko erantzukizun kriminalarekin eta zibilarekin**, hala erabaki baitu Auzitegi honek 1987ko otsailaren 6ko, 1989ko martxoaren 13ko eta 1996ko urtarrilaren 30eko epaietan" (Auzitegi Gorenaren epaia ─AGE─, 2008ko apirilaren 10ekoa, RJ 2008/1771).

51/2018 ABJI, par.: 35.

B) Xedapen orokorrak

Lege mailako arauen proiektuak

Lege-aurreproiektu bat aztertzen denean, iradokizunek, laburbilduz, honako hau bilatzen dute: etorkizuneko arauaren barne-koherentzia hobetzea eta araua ordenamendu autonomikoan sartzea, edota testuaren eduki berriak edo modulazioak identifikatzea, baldin eta, Batzordearen ustez, erregulazio onduagoa lortzen laguntzen badute; betiere, parametrotzat hobetsita aurreproiektua prestatzeko inspiraziotzat hartu dituzten xede-helburuak, izapidetzean agerian geratu direnak.

Proiektatutako arauen azterketaren alderdi horrek dimentsio desberdin bat, eta, zalantzarik gabe, handiago bat hartu du gure ordenamenduan "legeak hobeto egitea" programaren printzipioak eta erregelak sartu ondoren (hori ez zen 2003. urtean gertatzen).

Printzipio horien arabera, arauak egin eta idazten direnean, argitasuna eta zorroztasuna bermatu behar dira, baita arau horiek ordenamendu juridikoko gainerako arauekin duten harremana egokia izatea ere.

Legeriaren zientziaz arduratzen direnek diagnostiko bera egiten dute: arauen hiperinflazioa eta sakabanaketa direla medio, nahi ez den ondorio bat gertatzen ari da ordenamenduetan; izan ere, ordenamendu horiek erregulazio partzialez beteta daude, eta erregulazio horiek, gainera, askotan kontraesanezkoak dira. Ordenamendu horiek operadore juridikoen lana izugarri zailtzen dute eta segurtasun juridikoaren printzipioaren ikuspegitik balioespen oso negatiboa merezi dute (aplika daitekeen zuzenbideari buruzko ziurtasunaren ikuspegitik), baina horretaz gain, ondorio kaltegarriak dituzte herritarrek Estatuaren Zuzenbidea ─hura eusteko eta indartzeko erregulazio-esparru egonkorrak, argiak eta sendoak eskatzen dituena─ zer den jakin dezaten.

186/2018 ABJI, par.: 123.etik 126.era

2. kapitulua. ZUZENBIDEAREN ITURRIAK

I. Erregelamenduak

A) Erregelamenduak emateko ahala erabiltzea

Eskumen-tituluari eta arau-esparruari buruzko gogoetetan dagoeneko aipatu denez, ESIak Osakidetzaren Administrazio Kontseiluak hartutako erabakien bidez eratu dira. Erabaki horiek ESIen antolaketa-egitura ezartzen dute, baita zuzendaritzako, kudeaketako eta parte hartzeko organoak ere, eta aurreikusten dute ESIak eratzearekin batera desagertzen diren erakundeetako giza baliabideak, baliabide materialak eta antolaketa arlokoak ESIei esleituko zaizkiela. Halaber, ESIak osatzean desagertu edo aldatzen diren zerbitzu-erakundeetako unitate guztien eskubide eta betebehar guztiak ─ekonomikoak, langileei loturikoak, kontratuzkoak, ondarearen ingurukoak eta beste guztiak─ subrogatzea aurreikusten da erabakietan. Dekretu-proiektuak ez bezala, ESIak eratzeko erabakiek ez dute aipatzen ospitale-zerbitzuen eta lehen mailako arretako unitateen inguruko laguntza- edo asistentzia-antolamendua.

Plantea daitekeen galdera, beraz, **hauxe da: ea dekretu-proiektuaren xede den gaiaren arauketak**, era berean, **Osakidetzako Administrazio Kontseiluaren erabakiaren forma juridikoa har dezakeen** ala **dekretu mailako araua behar den**.

Osakidetzako Administrazio Kontseiluaren erabakiaren egokitasuna ─ESIak sortzeko forma juridiko egokia izatea─ CCOOk aurkeztutako errekurtsoaren xedea izan zen, eta lehenago aipatutako 2016ko maiatzaren 12ko 116/2016 epaia ekarri zuen, Gasteizko Administrazioarekiko Auzien 3. zenbakiko Epaitegiarena. Epaiak onartu egiten du Administrazio Kontseiluaren erabakiaren baliagarritasuna, "ulertzen baitu Osakidetzari estatutu sozialetan esleitzen zaizkion eskumenen artean, antolakundeak 'aldatzeari, bat-egiteari eta banantzeari' dagokienez, kentzeko eta sortzeko aukera ere egon behar dela, fusionatzeko prozesu bat, azken finean, aurreko antolakundeak ezabatzean eta erakunde berri bat sortzean baitatza, kasu honetan gertatzen den bezala". EASLren 23.2 artikuluak Jaurlaritzaren dekretuaren figura behartzen du hauek sortzeko: nortasun juridikoa duten zerbitzu sanitarioetako erakundeak, Jaurlaritzaren mendekoak. Ez da horrela gertatzen ESIen kasuan: ekonomia- eta finantza-autonomia badute, baita kudeaketa-autonomia ere, baina ez dute nortasun juridiko propiorik.

Deusetan galarazi gabe EASLn ezarritako autonomia-printzipioaren ondorioz Osakidetzari dagozkion antolaketa- eta kudeaketa-ahalmenak, **Batzordearen iritziz, dekretua, printzipioz, forma juridiko egokia da zerbitzu sanitarioetako erakundeak arautzeko.**

EASLk ezarritako jatorrizko banaketara jotzen badugu ─alde batetik, sistemaren zuzendaritza, plangintza eta programazioa, eta bestetik, osasun-zerbitzuak ematea─, egokia da Jaurlaritzak hartzea horren garrantzitsua den erabaki bat.

EASLk ez du alde batera utzi Jaurlaritzak erregelamenduak egiteko duen ahal orokorra, EKren 152.1 artikuluan, EAEAEren 29. artikuluan eta Jaurlaritzaren Legearen 16. artikuluan ezarritako eskemarekin bat; izan ere, espresuki jasotzen du EASLk azken xedapenetako lehenen-

goan, bertsio klasikoan ("Eusko Jaurlaritzari ahalmena ematen zaio oraingo lege honen garapenerako eta aplikaziorako beharrezko arau orokor eta araudizkoak emateko"). Are gehiago, proiektuan jasotako ekimenaren babes espezifikoagoa aurkitu daiteke EASLren 12.1.d) artikuluak Jaurlaritzari esleitzen dion eskumenean ere: "Sistemak dituen titulartasun publikoko baliabideen dispositiboaren mugatze estrategikoa, biztanleen osasun beharren arabera".

Ez du zalantzarik sortzen **ESIen garrantziak, euskal osasun-sistemako zerbitzuak antolatzeko ardatz nagusia izango baita**; hortaz, hasierako esperimentuzko mailak gaindituta, **ESIak ordenamendu juridikoan irauteko xedearekin sartzea** (aurreko zerbitzu-erakundeekin gertatu zen bezala) **Jaurlaritzari dagokio eta dekretu bidez egin behar da.**

Ondorio hori segurtasun juridikoaren (EKren 9.3 artikulua) eta formen paralelotasunaren printzipioek bermatzen dute, kontuan hartu behar baita honako dekretu hauek espresuki indargabetzeak (horretarako gutxienez maila bereko arau bat behar da) segurtasun juridikoaren printzipioari egiten dion ekarpena: 194/1996 Dekretua, uztailaren 23koa, Laguntza Espezializaturako Osakidetzari atxikitako baliabideen antolatze egiturari buruzkoa; eta 195/1996 Dekretua, uztailaren 23koa, Oinarrizko Laguntzarako Osakidetzari atxikitako baliabideen antolatze egiturari buruzkoa.

Era berean, kontuan hartu behar da ekimenak estatutu sozialen aldaketa partziala dakarrela, neurri batean. Ikusi dugunez, EASLn aipatu estatutu sozialak espresuki gordetzen dira erakundearen egitura zentrala arautzeko (22.3 artikulua), baina bertan ere sartu zen zerbitzu-erakundeen arauketa, proiektuari heltzeko ikuspegiarekin guztiz bat ez datorren ikuspegian.

Zerbitzu-erakunde berrietan (ESIetan), proiektuaren arabera, eutsi egiten zaie aipatu estatutu sozialetan (15. artikulua) ezarritako organoei: kudeaketa-zuzendaritza, zuzendaritza-taldea eta zuzendaritza-kontseilua; hala ere, aldatu egiten dira zuzendaritza medikoaren eginkizunak, arreta integratuaren zuzendaritza sortu, profesionalek parte hartzeko batzorde teknikoa ezabatu eta horren ordez asistentzia klinikorako kontseilua ezartzen delako (azken xedapenetako lehenengoa), eta, aldi berean, beste bi partaidetza-organo gehitzen direlako (kontseilu soziala eta batzorde soziosanitarioa). Era berean, estatutu sozialen eranskina nahitaez aldatuko da proiektuari erantsitakoaren bidez.

Hori dela eta, irizpena egiten ari gatzaizkion ekimenean proposatutako edukiaren bidez **euskal sistema sanitarioaren antolamenduaren funtsezko alderdi bat berrantolatze aldera**, **Batzordearen iritziz, Jaurlaritzaren dekretu bat onartzea da tresna arauemaile egokiena**.

Hala eta guztiz ere, **Batzordearen ustez, komeni da araudi horri eman behar zaion garrantziaren inguruan hausnartzea**, kontuan hartuta EASLko xedapen batzuek ulertarazten dutela **legeak autonomia zabala eman nahi izan diola Osakidetzari** "bere helburua, hots, bere mendeko zerbitzu-erakunde publikoen bidez zerbitzu sanitarioz hornitzen jardutea, bete dezan" (EASLren 20. artikulua *in fine*). **Ondorioz, errespetatu egin behar da lege-esparru hori Jaurlaritzak bere erregelamendu-ahala erabiltzen duenean.**

Autonomia horren adierazgarri moduan, oro har, EASLren 22.2 artikuluaren *in fine* zatia aipa dezakegu; horren arabera, Administrazio Kontseiluaren aginpideen artean, honako hauek daude: "enteari atxikitako baliabideen planifikazio estrategikoa, jarduketen zuzendaritza, gestioaren goi-kontrola eta entearen mendeko zerbitzu sanitarioak emango dituzten sarearen muturreko erakundeak eratzeko prozesua eta intentsitatea gidatu eta bultzatzeko beharrezko ahalmenak, nortasun juridikoa emateko ahalmena izan ezik".

Eta zehatzago, 26. artikuluan dagoen arau multzoa ere aipa daiteke, pertsonalaren egitura eta antolaketari dagokionez, batez ere, 2. eta 3. apartatuak, erakundeko langileei eta zerbitzu sanitarioen antolamenduei dagokienez; xedapen horiek langileak sailkatzeko tresnei buruzko 28. artikuluko bigarren arau komunean xedatutakoarekin osatu behar dira.

Halaber, EASLren 27. artikulua aipatu behar da, zuzendaritza-karguei buruzkoa: enteak "mendeko zerbitzu sanitarioak ematen dituzten erakundeetako zuzendaritza-pertsonala zehaztuko du, entearen estatutuek antolakuntza bakoitzeko xedatzen dituzten dimentsio- eta egitura-irizpideen arabera".

EASLn ezarritako eskema abiapuntu hartuta, laburbilduz, **komenigarria izango litzateke bereiztea, batetik, ESIen egiturari buruzko oinarrizko erabakiak** (osaketa juridikoko funtsezko alderdiak ─hau da, definizioa, mailak eta tipologia─ ebazteko), **eta bestetik, antolamenduko alderdi zehatzen ondoriozko erabakiak, horiei buruzko erabakien esparrua entearena dela aitortu behar delako.**

Zuzendaritza-organoei dagokienez, zuzendaritza-kargu gisa ezaugarrituta, estatutu sozialek bete behar dute lan hori, eta horretarako komenigarria izango litzateke erakundeko Administrazio Kontseiluari behar den tartea ematea, irizpide malguagoak ─adibidez, estatutu sozialen 15.2 artikulukoen antzekoak─ ezarrita (orain azken xedapenetako laugarrenak ezartzen duenaren ordez).

Azkenik, ospitale-zerbitzuetako eta lehen mailako arretako unitateetako burutzako lanpostu funtzionalei dagokienez, erakundeko Administrazio Kontseilua da langileen zerrenda onartu behar duen organoa, hargatik eragotzi gabe 186/2005 Dekretuak lanpostu funtzionaletarako onartu zituen ezaugarrietara egokitzea (186/2005 Dekretua, uztailaren 19koa, Osakidetza-Euskal Osasun Zerbitzua Zuzenbide Pribatuko Entitate Publikoaren lanpostu funtzionalak arautzen dituena).

Hori dela eta, iradokitzen da baloratzea ea komeni den dekretu-proiektuan mantentzea IV. kapitulua, "ESIen laguntza-antolakuntza" eta V. kapitulua, "Xedapen komunak", izaera operatiboa dutenez, Osakidetzan arautu beharreko kontuak direla ulertzen delako.

88/2018 ABJI, par.: 60.etik 78.era

B) Erregelamenduak egiteko ahalaren titulartasuna

Beharrezkoa dirudi proiektuaren edukiari buruzko gogoeta orokorra egitea, testua irakurrita zalantzak sortzen baitira horren norainokoaren inguruan, **BOILen 18. artikuluak** egiten duen mugaketa kontuan hartuta.

18. artikuluak bi apartatu ditu, eta horietako bakoitzak hartzaile desberdina: **1. apartatuak** ekimenari babesa ematen dio **eta Eusko Jaurlaritza gaitzen du honako honen baldintzak zehatzeko: institutua "autonomoa izango da nola antolatu eta zer-nolako pedagogia eta kudeaketa eramango duen erabakitzeko, bere eskaintza jasotzekoak diren ikasleen premietara ahalik ondoen egokitzeko moduan".**

Bestalde, **2. apartatua hezkuntza arloan eskuduna den sailari zuzenduta dago, honako hau arau dezan: "Urrutiko Hezkuntzarako Euskal Institutuaren antolaketa eta funtzionamendua**, irakasleen dedikazio-araubidea, eta gobernu-organoak eta irakaskuntza koordinatzeko organoak, zentro honen berezitasun eta ezaugarri zehatzetara egokituz. Halaber, berak ezarriko ditu ikasleak hartzeko arauak eta prozedurak, lehentasuna emanez bakoitzaren ibilbide pertsonalari eta profesionalari, eta aukera emanez ikasteaz gain beste ekintza eta ardura batzuetan jarduteko".

Honako hau hartzen dugu abiapuntu: **apartatu biek legea garatzeko esparrua argitzeko balio dute, eta ez dago oztoporik legeak Hezkuntza Sailaren titularraren aginduz onartutako araudi baten bidez betearaztea onar dezan.**

EKren 152.1 artikuluan, EAEAEren 29. artikuluan eta Jaurlaritzaren Legearen 16. artikuluan dagoen eskemaren arabera, Jaurlaritzak du erregelamenduak egiteko ahal orokorra; sailburuek, aldiz, Jaurlaritza Legearen 26.4 artikuluaren arabera, bakoitzaren saileko gaiei buruzko xedapen administratibo orokorrak ematen dituzte, hau da, "etxe barrukoak", hasiera batean, eta *ad extra* ondoriorik gabe —hargatik eragotzi gabe Jaurlaritzaren erregelamenduei gai horietan garapena egiteko aukera—.

Konstituzio Auzitegiak orain dela gutxi emandako epaian (2018ko maiatzaren 24ko KAE, administrazio-prozedura erkideari buruzko urriaren 1eko 39/2015 Legearen aurkako konstituzio-kontrakotasuneko errekurtso bat ebazteko), 129.4 artikuluko hirugarren paragrafoa estatu mailan bakarrik aplika daitekeela kontuan hartuta ere, zalantzarik gabe onartu zuen estatutuetako xedapenak (gure kasuan, EAEAEren 29. artikuluak, dagoeneko aipatu dugunak) erregelamenduak egiteko jatorrizko ahala Jaurlaritzari esleitu izana ez zela oztopo legeek erregelamendu-garapen espezifikoak sail baten edo horren barruko organo baten esku uzteko.

Alabaina, **sailburuek legea betearazteko erregelamendua emateko eskumena dutela onartuta ere, baldin eta legez erregelamendu-xedapen zehatzak emateko gaituta badaude, horrek ez du esan nahi legegileak askatasun osoa duenik Jaurlaritza baztertzeko eta esleitu zaizkion eskumenen esparrua mugatzeko.**

Gainera, *per saltum* araugintza hori, Jaurlaritza saihestu eta sailburu eskuduna dagokion erregelamendua emateko gaitzen duenez, **zorroztasunez interpretatu behar da, halako**

gaikuntza salbuespen-kasuetan bakarrik egin daitekeelako, gure iturri-sistemarekin bat.

Kasu honetan, ez dago zalantzarik BOILen helburua izan dela Hezkuntza Sailaren titularrari sarbide zuzena ematea, baina ez du oso argi bete.

Izan ere, BOILen 18. artikuluak ez du saihesten gaikuntza bien artean talka egiteko tartea egon daitekeela; hori horrela da, Jaurlaritzak Institutuaren antolakuntzako autonomia erregulatzeko arauak ezarri behar dituelako, ikasleen beharretara egokitzeko moduan (eta hori nekez egin ahal izango du antolaketa-egitura zehazten hasi gabe); aldi berean, Hezkuntza Sailak eskumena du bere gobernu-organoak eta irakaskuntza koordinatzeko organoak erregulatzen dituzten araudiak emateko, zentro honen berezitasun eta ezaugarri zehatzetara egokituz, eta hori ezin du edukiz bete bere antolaketa-egitura ordenatu gabe.

Proiektuak, gure iritziz, ongi aukeratu du autonomia-erkidegoko ordenamenduaren esparruko erregelamendu-araudiak egiteko iturri-sistema gehien errespetatzen duen irtenbidea.

Hori horrela dela esaten dugu, honako arrazoi hauek direla medio: batetik (i), Jaurlaritzaren erregelamendugintza-ahala jatorrizkoa delako, eta sailburuena eratorritakoa; lehenengoa orokorra da eta bigarrenak behar bezala mugatuta egon behar du beti (bai legeen bidez, baita, oro har, Jaurlaritzaren erregelamenduen bidez ere); bigarrenik (ii), Jaurlaritzak ezin du bere eskumena ahaztu eta gaia arautu gabe utzi, legeak espresuki horretarako gaitu eta behartzen badu; eta azkenik (iii), gaiaren garrantziak Jaurlaritzaren erregelamendugintza-ahala erabiltzea eskatzen du (deigarria da unibertsitateaz bestelako zentro publikoetan legez araututa egotea).

Horrela, sailaren gaikuntza ukatu gabe, proiektuak, hirugarren xedapen gehigarriaren bidez, dekretuan jaso ez diren alderdietara bideratzen du.

Egia da horrela gaikuntza nolabait hutsaldu egiten dela, Jaurlaritzaren araudiak garatzea sailburuen eskumen naturala delako; horretarako ez dute berariazko gaikuntzarik behar. Jakina, ezin izango dute alderdi horiek dekretuaren kontraesanean arautu, hala eskatzen baitu arau-hierarkiaren printzipioak (Jaurlaritzaren Legearen 59. artikulua); izan ere, printzipioa betetzen ez duten xedapen orokorrak baliorik gabeak dira (gaur egun, administrazio-prozedura erkideari buruzko urriaren 1eko 39/2015 Legearen 47.2 artikulua).

Hitz batez, **Jaurlaritzaren eskumena eta sailaren eskumena noraino heltzen diren eztabaidagarria izan arren, inola ere ezin da erregelamendugintza-ahala baztertu Jaurlaritzaren berariazko jarduera-esparrutik; arrazoizko gutxienekoa ezarri behar da arauketari dagokionez**, hau da, arau dentsitate nahikoa duen erregulazio bat, UHEIren antolakuntzako autonomiari buruzkoa, legegilearen mandatua edukiz beteko duena. Hori dela eta, zuzena deritzogu proiektuari.

Zailagoa izango litzateke kontrakoa onartzea: sailaren agindua, gobernu-organoen eta irakaskuntza koordinatzeko organoen erregulazioaren bidez, bidegabe sartzea Institutuaren antolakuntzako autonomiaren esparruan.

93/2018 ABJI, par.: 82.etik 97.era

3. kapitulua. ARAUGINTZA TEKNIKA

I. Erregulazio-estiloa

Egokia da artikuluek izenburua izatea, horrek errazten baitie eragile juridikoei araua ulertzea eta erabiltzea; hala ere, laburrak izan behar dute izenburuek (irizpide hori kontuan hartuta, 8., 11. eta batez ere 13. artikulua berrikus daitezke).

101/2018 ABJI, par.: 153.

4. kapitulua. ESKUMEN-BANAKETA

I. Gai orokorrak

A) Zehatzeko ahala

Konstituzio-jurisprudentziarekin bat, denen erakusgarri irailaren 28ko 148/2011 KAE, **zehatzeko ahala ez da eskumen-titulu autonomo bat** (156/1985 KAE, azaroaren 15ekoa, 7. OJ), **eta autonomia-erkidegoek zehatzeko ahala dute eskumenak dituzten gai substantiboetan; hala, tipoak eta zehapenak ezarri edo modula ditzakete Estatuaren oinarrizko arau edo printzipioen esparruan eta aukera hori bereizezina da zuhurtasun edo aukera politikoaren eskakizunetatik, zeinak, jakina, lurralde-eremu desberdinetan alda baitaitezke.** Nolanahi ere, ematen diren xedapenek bat etorri beharko dute Konstituzioak zehapen-zuzenbide administratiboaren esparru honetan ezarritako bermeekin (EKren 25.1 art.), eta ez dute sartuko desadostasun arrazoigaberik eta neurrigaberik, lortu nahi den helburuarekiko, lurraldearen beste leku batzuetan aplika daitekeen araubide juridikoari dagokionez.

Nahiz eta zehatzeko ahalaren antolamendua eskumen material substantiboari lotu, ezerk ez du eragozten, zehatzeko ahala arautzeko eskumena gai jakin batzuetara mugatuta dagoenez, eta zehatzeko ahal orokorra ez denez, era bereizian egitea ahal hori agertzen den hainbat sektoretako legeak ematean, zeren uztailaren 23ko 173/1998 KAEn bezala argudia baitaiteke:

> Legegintza teknikaren aukera bat da, legegilearen konfigurazio askatasunean bete-betean sartzen dena, eta gaian dagoen arau-sakabanatzea leuntzeko bertute dudagabea du.

145/2018 ABJI, par.: 102.etik 103.era

Administrazio Prozedura Erkidearen Legeak dakarren arazoa honako hau da: zehapen-prozedurari buruz kapitulu bat eman ordez, prozedura horri aplikatu beharreko berezitasunak txertatu ditu administrazio prozedura erkidean, eta horrek batzuetan eragotzi egiten du ondorioztatzea ea administrazio prozedura erkideko aurreikuspen jakin batzuk administrazio-prozedura zehatzailearekin bateragarriak diren eta prozedura horri egokitzen zaizkion.

Berezitasun horiek zenbait manutan barreiatuta agertzen dira: 53.2 artikulua (ustezko erantzuleen eskubideak), 55.2 artikulua (aurretiazko jarduketak), 60.2 artikulua (prozedura goragoko agindu baten ondorioz hastea), 61.3 artikulua (prozedura beste organo batzuen eskaera arrazoituaren ondorioz hastea), 62. artikulua (prozedura salaketa baten ondorioz hastea), 63. artikulua (prozeduren hasierako berezitasunak), 64. artikulua (prozedura hasteko erabakia), 77.4 artikulua (frogatutzat jotako egitateak), 85. artikulua (prozeduraren amaiera),

89. eta 90. artikuluak (ebazpen-proposamena eta ebazpenaren berezitasunak), 96.5 artikulua (tramitazio sinplifikatua), 98.1.b) artikulua (betearazi beharra), 114.1.f) artikulua (prozedura osagarriak), eta lehen xedapen gehigarria.2.c) (prozedura bereziak).

Nolanahi ere, **Administrazio Prozedura Erkidearen Legeak dakartzan arauek ez dute esan nahi autonomia erkidegoek txertatu ezin dutenik organo eskudunei buruzko tramite gehigarri edo diferenterik edo prozedura berezirik, gaiari dagokion prozedura zehatzaren berezko eperik, hasteko eta bukatzeko, argitaratzeko modurik, eskatu beharreko txostenik**. Hain zuzen ere, hori Administrazio Prozedura Erkidearen Legearen 1.2 artikuluan eta 129. artikuluko 4. apartatuko bigarren paragrafoan onartzen da, baina berme formal jakin batzuk ezartzen dira (tramite gehigarriek legean aurreikusita egon behar dute; berezitasunak, aldiz, erregelamenduz ezar daitezke), baita berme material batzuk ere (hori efikaz, neurrizko eta beharrezkoa bada prozeduraren berezko xedeak lortzeko), Konstituzio Auzitegiaren 55/2018 epaiak, maiatzaren 24koak (6. OJ) baliozkotutako bermeak.

Ildo horretan, Batzordeak uste du, adibidez, **sar daitezkeela tramite gehigarriak, zehapen-prozeduran bermeak indartzera bideratuak, edo prozedura-espezialitateak, autonomia-erkidegoak eskumena duen eremu materialetara egokituak.**

Soilik era horretara bateratzen dira EKren 149.1.18 artikuluko Estatu-eskumena eta EAEAEren 10.6 artikuluak aitortzen duen autonomia-eskumen esklusiboa "EAEko zuzenbide substantiboaren espezialitateetatik eta berezko antolamendutik eratortzen diren arau prozesal eta prozedura administratibo eta ekonomiko-administratiboen alorrean".

Azken finean, **autonomia-erkidegoak zehatzeko ahala arau dezake** eskumen arauemailea duelako zenbait gaitan; hala, **arau substantiboak eta prozedurazkoak onar ditzake, baina hori egitean Estatuak EKren 149.1.18 artikuluaren arabera emandako oinarrizko araudira egokitu beharko du.**

Beraz, eskumena lotuta dagoenez arauketa substantiboa ezartzeko izaten den eskumenarekin, horrek justifikatzen du legea, halaber, lurralde historikoei aplikatzeko modukoa izatea erakunde erkideek eskumen arauemaileak dituztenean, izan osoak izan lurralde historikoetako organoekin partekatuak, HAZALen 1.1 artikuluaren testuak berariaz jasotzen duen bezala, zeinaren idazketa aldatu gabe mantentzen den.

Ez da beharrezkoa errepikatzea zer eskumen-banaketa aurreikusi duten EAEAEk eta azaroaren 25eko 27/1983 Legeak, autonomia-erkidegoen erakunde erkideen eta lurralde historikoetako foru-organoen arteko harremanei buruzkoak, eskumen esklusibo (edo eskumen oso, HAZALen pareko idazketan), partekatuen (arau-garapenerakoak) eta betearazleen artean.

Betearazteko eskumenak bere barnean hartzen du era mugatuan aplikatzea zehatzeko ahalaren araudi arauemailea jarduten den gaian (denen erakusgarri, KAEak: 87/1985, 227/1988, 195/1996 eta 104/2013).

Tokiko erakundeei dagokienez, EAEAEren 10.4 artikuluaren eskumen generikoari, "Tokiko araubidearen eta EAEko funtzionarioen estatutuaren eta toki-administrazioaren alorrean, alde batera utzi gabe Konstituzioaren 149.1.18 artikuluan ezarritakoa", **berriz ere gai honetan zehapen-araubide espezifikoa ordenatu dezaketen eskumen sektorialak gehitu zaizkio**, eta hori ere aplika daiteke haietan.

Gogoratu behar da SPAJLren 25. artikuluaren arabera **toki-erakundeen zehatzeko ahala** Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen apirilaren 2ko 7/1985 Legearen X. tituluan ezarritakoaren arabera (TAOL) baliatuko dela. Hortik, beharrezkoa da nabarmentzea 139. artikuluaren edukia; izan ere, toki-erakundeek, toki-intereseko elkarbizitza-harremanak eta beren zerbitzuen, ekipamenduen, azpiegituren, instalazioen eta espazio publikoen erabilera egoki antolatzeko, arloan berariazko araudirik egon ezik, "hurrengo artikuluetan ezarritako irizpideekin bat arau-hausteen sailkapena finkatu ahal izango dute, baita zehapenak ezarri ere, kasuan kasuko ordenantzetan jasotako eginbeharrak, debekuak zein murriztapenak ez betetzeagatik". Artikulu horietan arau-hausteen sailkapen bat ezartzen da eta zehapen ekonomikoentzako muga batzuk.

Bestalde, Euskadiko toki-erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak (ETEL), 44. artikuluan, zerrenda batean ezarri ditu udalerriko auzotarren betebeharrak eta erantzukizunak (1. apartatua), eta udalerrian modu zirkunstantzialez dauden pertsonek ere betebehar-erantzukizun horiek bete beharko dituztela erabaki [b) apartatuan aurreikusitakoa izan ezik], auzotar izan ez arren (2. apartatua). Artikulu horrek, azkenik, hau ondorioztatzen du: "aipatutako betebeharrek eta erantzukizunek gidatuko dute, printzipioak diren aldetik, tokiko araugintza-ahala, politika publikoak, zehapen-motak eta hala badagokio, zehapenen aplikazioa eta espazio publikoa zaintzea, bizikidetza-harremanak eta zerbitzu publiko jakin batzuk ematea xede duten udal-ordenantzetan araututako zehapen-prozedurei dagokienez".

Azkenik, ETELen bigarren xedapen gehigarriak hau ezartzen du: "Kasuan kasuko sektore-legeak, zehapen-prozedura arautzerakoan, ordenantzak ere arau-hauste eta zehapenak tipifikatzen laguntzea aurreikusten duenean, aukera egongo da —legeak isunak nahitaezkoak direla ezarri ezean— ordenantzan, isunen ordez, tokiko komunitatearen aldeko lan baliokideak eta arau-haustearen larritasunarekiko proportzionalak izango direnak ezartzeko —hala nola prestakuntza saioetara joatea edo gizarte-jardueretan parte hartzea—, betiere organo zehatzaileak hala erabakitzen badu".

Aurreikuspen horiek Konstituzio Auzitegiaren epaietara egokitzen dira (otsailaren 26ko 25/2004 KAE):

> Mahaigaineratu behar da Konstituzio Auzitegiaren ekainaren 8ko 132/2001 KAEan ezarritako doktrina. Epai horren 6. oinarri juridikoan, halako malgutasun bat aitortu genuen, Espainiako Konstituzioaren 25.1 artikuluko lege-erreserbaren irismena identifikatzerakoan, zigor-edukia duten udal ordenantzak direla eta. Adierazi genuenez, arau-hausteak eta zehapenak tipifikatzeko lege bat egon beharrak malgua izan behar du zenbait arlotan, zeinetan, toki erakundearen interesa tartean egoteagatik, eremu zabala baitago udalerriek araudia ezar dezaten, baldin eta toki araudia udalaren osoko bilkurak onartzen badu. Hala ere, esan zenez, malgutasun horrek ez du balio lege bat egon behar hori erabat baztertzeko; izan ere, "legearen arabera eskumenak udalerriei esleitze hutsak —Toki-araubidearen oinarriak arautzen dituen Legearen 25.2 artikuluaren arabera— ez

du esan nahi udalerri bakoitzak berez baimena daukanik bere eskumenari esleitutako gaietan administrazio arloko arau-hausteak eta zehapenak osorik eta bere irizpidearen arabera tipifikatzeko. Beraz, ez dago korrespondentziarik toki erakundeen intereseko arlo bat arautzeko gaitasunaren eta udal ordenantza batek ezarritako betebehar baten urraketa noiz edo nola zigortu behar den ezartzeko ahalaren artean. Malgutasuna hain da handia non, legean ez baita zertan definitu ez-zilegi eta zehapen bakoitza, baina hala ere legegilea ezin den inhibitu".

Espainiako Konstituzioaren 25.1 artikuluari dagokionez, epai horretan eta funts juridiko horretan 2 eskakizun atera ziren: alde batetik, eta arau-hausteak tipifikatzeari dagokionez, honako hau baieztatzen dugu: legeari dagokio finkatzea gutxieneko zer antijuridikotasun-irizpideren arabera arau ditzakeen udal bakoitzak arau-hauste motak, baina horrek ez dakar berekin motak zehaztea, ez eta generikoak izanda ere; aitzitik, udalerri bakoitzak arau-hauste motak erabakitzeko ebaluazioa orientatu eta baldintzatuko duten irizpideak zehazten ditu. Bestalde, eta zehapenei dagokienez, Espainiako Konstituzioaren 25.1 artikulutik ondorioztatzen da, behintzat, arlo bakoitza arautzen duen legeak ezarri behar dituela udal ordenantzek nolako zehapenak ezarri ahal dituzten; hemen ere ez da eskatzen legeak ez-zilegien multzo bakoitzerako mota espezifiko bateko zehapena ezar dezala, baizik eta udal ordenantzak, berak tipifikatzen dituen administrazio arloko ez-zilegien larritasunaren arabera, aurrez zehatz ditzakeen zehapenen zerrenda bat ezar dezala.

Laburbilduta, **toki erakundeak HAZALen aplikazio-eremuaren barruan sartzen dira**, alde batetik, esplizituki, 1.2 artikulu berriaren bitartez, eta bestetik, 4.4 artikuluko erregelaren bitartez, arau-hausteen eta zehapenen motak ezartzen dituzten udal ordenantzak onestean errespetatu behar diren berme materialei buruzkoa bera. **Bada, horrekin guztiarekin arlo honetako eskumen-banaketa errespetatzen da, eta udalerriek dauzkaten eskumenak aintzat hartzen dira.**

145/2018 ABJI, par.: 110.etik 124.era

II. Euskal Autonomia Erkidegoko zuzenbide substantiboaren berezitasunetatik eta berezko antolamendutik datozen arau prozesalak eta prozedura administratiboetakoak eta prozedura ekonomiko-administratiboetakoak (EAEAE, 10.6 artikulua)

Autonomiaren eskumena egikaritzeko dauden baldintzatzaileei dagokienez, Estatuari eskumen-eremuak esleitzen dizkieten konstituzionaltasun-blokearen manuetatik ondorioztatzen baitira, Espainiako Konstituzioaren 149.1.18 artikuluak du garrantzi berezia.

Konstituzio-agindu honek autonomiaren eskumena zedarritzeko duen ahalmenari buruz, badago hasierako **doktrina konstituzional** bat ─aurreko irizpenean aztertu zena─ eta, oro har, urtarrilaren 26ko 15/1989 KAEren 7. OJn; azaroaren 29ko 227/1988 KAEren 32. OJn eta apirilaren 5eko 98/2001 KAEn azaltzen dena. Doktrina horren arabera, **autonomia-erkidegoek**

erabateko eskumena daukate beren arauak egiteko prozedurazko iter delakoa ezartzeko.

Estatuak administrazio-prozedura erkidea ezartzeko duen eskumena (EKren 149.1.18 artikulua) ez litzateke autonomia-erkidegoetako xedapen orokorrak egiteko prozedurara iritsiko, autonomia-erkidegoek eskumen esklusiboa baitute prozedura berezi hori dela eta.

Doktrina hori goi-auzitegiak egindako bereizketan oinarritu zen: alde batetik, "administrazio-prozedura erkidea", eta, bestetik, "'ratione materiae' prozedurak".

Adierazi genuenez, lehenengo eremuan, Administrazioaren jarduera juridikoa egiteko jarraitu behar zen prozedurazko *iter*aren egitura orokorra zehazten duten printzipioak edo arauak kokatzen zituen Konstituzio Auzitegiak; era berean, egiteko modua, baliozkotasun- eta eraginkortasun-baldintzak, administrazio-egintzak berrikusteko moduak eta egikaritzeko baliabideak zehaztu zituen, partikularren berme orokorrak prozeduraren barnean bereziki sartuz.

Bigarrenak, bestalde, Estatuak edo autonomia-erkidegoek, hurrenez hurren, jarduera baten funtsezko araubidea arautzeko daukaten eskumen lotua edo osagarria zehaztuko luke; izan ere, "... gai bati buruzko legegintzako eskumena autonomia-erkidego bati esleitzen zaionean, autonomia-erkidego horri dagokio eskumen hori betetzera bideratutako administrazio-prozedurari buruzko arauen onarpena ere, baina, nolanahi ere, Estatuaren eskumen-eremuaren barneko legerian ezarritako prozeduraren erregelak errespetatu beharko dira" (adibidez, azaroaren 29ko 227/1988 KAE, 32. OJ).

Gure azterketan, ordea, adierazi dugu ezin zela *ratione materiae* eskumen garbiz hitz egin; izan ere, aurreproiektuak hau arautzen du: prozedura-bide bat, Eusko Jaurlaritzak (Euskal Autonomia Erkidegoko botere exekutibo den aldetik, EAEAEren 24.1 artikulua) bere legegintza-ekimeneko ahalmena eta erregelamendu-ahala baliatu ditzan, modu abstraktuan. Bi funtzio horiek berezko zaizkio botere exekutibo autonomikoaren izaerari.

Bazirudien eskumen autonomikoaren ulerkerari okerreko eragina egiten ziotela Konstituzio Auzitegiak geroko erabaki batzuetan egindako ñabardurek.

Izan ere, alde batetik, **deskribatutako kategoriez gain beste kategoria berri bat sortu zen, "administrazio-prozedura erkide berezia"** izenekoa (ekainaren 4ko 130/2013 KAE). Prozedura horri esker, Estatuak, EKren 149.1.18 artikuluan oinarrituta, edozein Administrazio Publikoren berezko jarduerari dagokionez, jarduera horren prozedurazko *iter*aren erregulazio erkide berezia har zezakeen (esate baterako, dirulaguntzen bitartez bideratutako sustapen-jarduera), *ratione materiae* prozedura berezi gisa ezar litekeenarekin bateragarria.

Beste alde batetik, zehaztu zuen "Administrazio Publikoen araubide juridikoaren oinarriak" ezartzeko eskumenak eta administratuei administrazio publikoen aurrean tratamendu erkidea bermatzeko funtsezko helburuak ere babes ditzakete erregulazio batzuk, "autonomia erkidegoen interesen gaineko beste batzuei erantzungo dietenak, eta berdin eskatzen eta justifikatzen dutenak arau erkide bat ezartzea" (130/2013 KAE, ekainaren 4koa).

Argi dago EKren 149.1.18 artikuluaren eremu horren hedapen bikoitzak zerikusia izan zuela Administrazio Prozedura Erkidearen urriaren 1eko **39/2015 Legeak** (APEL) titulu bat ─VI. titulua─ sartzearekin. **Titulu horretan legegintza-ekimena eta erregelamenduak eta bestelako xedapenak emateko ahala arautzen dira** (APELen 127. artikulutik 133.era); horrez gain, konstituzioaz geroko ordenamenduan lehenengo aldiz, estatuko autonomia-erkidegoek nahitaez bete behar dituzten manuak sartu zituen legegileak administrazio-prozeduraren arau orokorrean.

Egia esan, VI. titulu horretako erregulazioaren zati bat Ekonomia iraunkorrari buruzko martxoaren 4ko 2/2011 Legearen 4. artikulutik 7. artikulura bitartekoetan azaltzen zen. Artikulu horietan sartu ziren lehenengo aldiz gure ordenamenduan administrazio publikoen arau-ekimenei aplika dakizkiekeen erregulazio onaren printzipioak (premia, proportzionaltasuna, segurtasun juridikoa, gardentasuna, irisgarritasuna, sinpletasuna eta efikazia), baita hauek ere: aurretiko azterketak, aldizkako berrikuspena eta ebaluazioa *a posteriori* egitekoak ere, kontsulta egiteko eta arauak egiterakoan parte hartzeko prozesuekin batera.

Hain zuzen ere, adierazitakoaren arabera, XOEPLa APELen oinarrizko manuetara egokitzearen ondorioz sortu da aurreproiektua.

Dena den, irizpen honi dagokion arau honen moduko arau batean aplikatzeko bidea funtsean indargabetuta geratu da uztailaren 6ko 91/2017 KAEn ─epai horretan, Ekonomia Iraunkorrari buruzko Legean aipatzen diren edukiak aztertu ziren─ eta **maiatzaren 24ko 55/2018 KAEn**; azken horren doktrinatik ondoren aipatuko diren kontsiderazioak berreskuratu behar dira irizpen honetarako.

Autonomia-estatutuek legegintza-ekimena aitortzen diete autonomia-gobernuei, ez, ordea, haien administrazioei. Erregelamendu-ahalean ez bezala, Gobernuari baitagokio hori ere, Gobernuak parlamentu-ganberekin dituen harremanen eremuan txertatzen da prerrogatiba horren egikaritza. Lege-proiektuak egiteko eta onartzeko prozedura bide bat da, eta gobernu autonomikoari ahalbidetzen dio funtzio legegilean parte hartzea, eta, beraz, bere politika publikoak lege-mailako arauen bitartez arautzea. **Horrenbestez, autonomia-erkidegoek legegintza-ekimena egikaritzea, orokorrean, eta lege-aurreproiektuak egitea, bereziki, EKren 149.1.18 artikulutik kanpo geratzen dira erabat "Administrazio publikoen araubide juridikoaren oinarriei" dagokienez nahiz "administrazio-prozedura erkideari" dagokionez.**

Baina, administrazio publikoen araubide juridikoaren oinarriak emateko eskumena betetzeko, estatuko legegileak azter dezake erregelamenduak maila nagusi batean egitea, autonomiaren eskumena eragotziko ez duen maila batean, alegia.

Konstituzio Auzitegiak onartu du "Administrazio publikoen araubide juridikoaren oinarriek" (EKren 149.1.18 artikulua) xedetzat hartzea erregelamendu autonomikoak egitea. Baina beti "arau-eduki urria" dutela, "printzipio horien garapen autonomikoa eta beste printzipio batzuk ezartzeko aukera oztopatuko ez duena, eta Autonomia Erkidegoek, egokitzat hartzen duten moduan, beren funtsezko eskumen materialak egikaritzearekin lotutako administrazio-prozedura bereziak diseinatzea eragotziko ez duena".

Testuinguru horretan, oinarri-izaera berretsi die 129. artikuluari (erregulazio onaren printzipio zorrotzak) eta 130. artikuluari (araugintza-ebaluazioa printzipio horien ikuspegitik), baina betiere gobernu maila desberdinetako politikek erantzun behar dieten ildoak biltzera mugatzen diren neurrian, edozein izanik ere politika horien nondik norakoa.

Irizpen hau egiten ari ginen bitartean, urriaren 17ko **110/2018 KAE** eman dute. Epai horrek berriro aztertu du 129.4 artikuluaren bigarren lerrokada 1.2 artikuluari dagokionez. Bi artikuluak APELekoak dira.

Oraingo honetan, azterketaren ikuspegia da: argitzea manu horiek erregelamendu-proiektuak nahiz lege-aurreproiektuak egiteko prozedurei ere aplika ote dakizkiekeen.

Auzitegiak errepikatu du, bere aurreko erabakietan ezarritako doktrinaren arabera (55/2018 KAE), **ez dela APELen xedea izango lege-aurreproiektuak egitea. Eta erregelamendu-arauak egiteari dagokionez, zehaztu du APEL ez dela arauak egiteko prozedura erkide baten izapideak egiteaz arduratzen; horregatik, lege horrek ezarritako izapideez bestelakoak edo gehigarriak nahitaez dira administrazio-ebazpenak emateko prozedura erkidearen izapideez bestelakoei edo gehigarriei buruzkoak. Hortaz, aurreikuspen horiek ez dira arauak egiteko prozeduran aplikatuko.**

Azaldutako guztiagatik, **EAEk eskumena dauka lege-aurreproiektuei aplika dakiekeen prozedurazko *itera* zehazten duen lege bat emateko, estatuko legegileak EKren 149.1.18 artikuluaren arabera hartutako erabakiak direla medio inolako baldintzatzailerik izan gabe.**

Era berean, erregelamenduzko xedapenak egiteko jarraitu behar den prozedurazko ibilbidea ezar dezake, baldintzatzaile bakarra izaki APELen 129. artikuluan ezarritako erregulazio oneko printzipioak (4. apartatuko 3. lerrokada izan ezik) eta APELen 130. artikuluko araugintza-ebaluazioaren printzipioak jasotzea, eta prozedurari ekin aurreko kontsulta bat aurreikustea.

Autonomia Erkidegoaren barneko eskumen-banaketaren ikuspegitik, hau da, erakunde erkideen, lurralde historikoen eta tokiko erakundeen arteko banaketaren ikuspegitik, aurreproiektuak ez dauka inolako aurreikuspenik arauak egiteko ekintzari aplikatzeko bi erakunde-mailetako bakar batean ere. Erabaki hori legegileari dagokion tartearen barnean sartzen da.

186/2018 ABJI, par.: 96.etik 119.era

5. kapitulua. ARLOAK

I. Administrazio publikoa

A) Administrazio aholku-emailea

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoari buruzko azaroaren 24ko 9/2004 Legea aldatzea

Batzorde honen Legearen esanbidezko aldaketa bi alderdi garrantzitsutan egitea aurreikusten da aurreproiektuan.

Lehenengo alderdiak honako hau sartzen du Batzordearen eskumenen artean: "Eusko Legebiltzarrak kontuan hartutako lege-proposamenei buruzko irizpena, baldin eta, Ganberako erregelamenduak xedatzen duena betez, Legebiltzarreko Mahaiak hala eskatzen badu, izapidetzeko eskumena duen Batzordearen eskariz".

Antzeko manu bat aztertu zuen Batzordeak 129/2015 Irizpenean (252. paragrafotik 257. paragrafora bitartekoak). Honako hau adierazi zuen irizpen hartan:

> Hirugarren xedapen gehigarria aztertzean egindako kontsiderazioak xedapen honek azaroaren 24ko 9/2004 Legearen 3. artikuluaren gainean egiten duen aldaketara eraman daitezke.
>
> Adierazitakoaren arabera, izapideak (aukerakoak badira ere) funtzio legegilearen garapenean sartzea, kasu honetan, aintzat hartutako lege-proposamenetarako, Legebiltzarraren Erregelamenduari gordetzen zaion gaia da. Eragozpen hori ez da desagertzen kasua "Ganberaren Erregelamenduak xedatzen duenaren" baldintzaren pean jartzen denean, iturrien ordena alderantzizkoa baita, soilik hark —lehenengo xedapen gehigarrian haiek aldatzeko ezartzen den prozedurari jarraitu ondoren— ezar litzake lege-proposamenak izapidetu bitartean presatu daitezkeen txostenak —nahitaezkoak edo aukerakoak—, baita, hala badagokio, izapide horretan esku hartuko duten organoak ere (Legebiltzarraren Mahaia, batzorde eskudunak, eta abar).
>
> Aholku Batzorde Juridikoaren Legea alda liteke, Batzordea gaitu bailiteke Legebiltzarrari lagundu diezaion Legebiltzarraren Erregelamenduak horrelakorik ezartzen duen kasuetan eta baldintzetan.
>
> Dena den, prozedurari buruzko azterketan ohartarazi dugunez, aldaketak Batzordearen legezko diseinua aldatzea dakar berekin. Batzordearen diseinuak, orain, honako helburu hau lortu nahi du: "...administrazio-egintzak eta -arauak sortzeko prozedurak laguntza eta aholkularitza juridikoa izatea etengabe", zioen azalpenean adierazten denez. Aldaketa egiten bada, ordea, Jaurlaritzaren arauak sortzeko eremuko aholkularitza hori Legebiltzarren eremura zabalduko litzateke, eta horrek funtsezko aldaketa ekarriko du, ez aldaketa kuantitatiboa soilik, botere betearazlearen eta botere legegilearen arteko harremanen eremuan sartzen delako.

Horri dagokionez, bere gobernu-izaera aztertu behar da arauak sortzeari dagokionez, aholkularitza juridikoko eta legezkotasun-kontroleko lana eginez Jaurlaritzari laguntzeko, aholkularitza-lana erabateko autonomia hierarkiko eta funtzionalarekin betetzen duen arren (AJAPELren hamazazpigarren xedapen gehigarriaren hitzetan), eta Gobernuaren zerbitzu juridiko zentralei atxikita dago.

Azken batean, Batzordearen iritziz, proposatutako aldaketak eskatuko luke azaroaren 24ko 9/2004 Legea lasai aztertzea, ikusteko zer aldaketa sartu beharko litzatekeen lege horretan, hala balegokio, botere legegileak bere funtzio legegilea betetzeko eta funtzio hori behar bezala garatzen laguntzeko funtzio berria (eskumena baino gehiago) jasotzeko.

Batzordeak uste du beharrezkoa dela orduan arrazoitutakoari kontsiderazio berriak gehitzea, Batzordearen ustez kontsiderazio horiek kontuan izan behar baitira proposatutako aldaketa aztertzeko.

Espedientean ez da xehetasunez azaltzen aldaketa, aipatzen da zuzenbide konparatuan aurrekariak daudela (frantsesa, adibidez) baita beste lege batzuk ere, gure testuinguru berean zuzenbide parlamentarioaren gaiak arautzen dituztenak.

Ereduak erkatu ondoren, ikus daiteke kontsulta-organo autonomiko batzuen zereginen artean legegintzako ekimen parlamentarioei buruzko irizpena ematea dagoela, baina zirkunstantzia hori ezin da modu isolatuan hartu; aitzitik, organo bakoitza sartuta dagoen erakunde- eta arau-esparru osoan aztertu behar da.

Zeren, goi-mailako aholkularitza-lana garatzeko modua eta haren eremua diseinatzerakoan (oinarrizko legeriaren erabakien ondoriozko nahitaezko esku-hartzeak izan ezik), zabaltasunez eta intentsitatez baliatu behar da autonomia-erkidego bakoitzak bere burua antolatzeko duen eskumena.

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren Legeari (EABJL) aurreproiektu-fasean egin zitzaion 84/2003 irizpenean azaldu zenez, eratzeko hainbat aukera zeuden, eta EAEk egokientzat hartzen zuen moduan era zezakeen funtzio hori, bere arkitektura instituzionalaren ezaugarriak kontuan hartuta. Muga bakarra zen oinarrizko arauditik eratorritako objektibotasunaren, inpartzialtasunaren, independentziaren eta kualifikazio teknikoaren eskakizunak errespetatzea (garai hartan Araubide Juridikoaren eta Administrazio-Prozedura Erkidearen azaroaren 26ko 30/1992 Legearen ─AJAPEL─ hamazazpigarren xedapen gehigarrian jasota zeuden).

EABJLk hartu zuen eredua Administrazio aktiboan sartuta dagoen administrazioen kontsulta-organo batena da, eta, arauak egiteari buruz dauzkan esleipenei dagokienez, lege-proiektuetara, dekretu-proiektuetara eta legegintzako dekretuen proiektuetara eta erregelamendu-mailako arauen proiektuetara mugatu ziren.

Madrilgo Autonomia Erkidegoaren Aholku Batzorde Juridikoak ─Kontsulta Batzordea kentzeko abenduaren 28ko 7/2015 Legearen bitartez sortu zena ─ eta Kataluniako Batzorde

Juridikoak —berriro ere itzuliko gara batzorde horretara— izan ezik, gainerako kontsulta-organoek konponbide desberdinak aukeratu dituzte.

Baina Batzordearen ustez, datu hori garrantzitsua da proposatutako aldaketa epaitzeko, guztiak Administrazio aktibotik bereizita dauden organo gisa eratu dira, eta ia gehienak beren parlamentuek indartutako gehiengoen babesarekin hautatutako pertsonek osatzen dituzte.

Kataluniak bere eredu espezifikoa dauka, bi organorekin: Aholku Batzorde Juridikoa eta Estatutu Bermeen Kontseilua.

Lehenengoa, maiatzaren 2ko 5/2005 Legean "Gobernuaren goi-mailako kontsulta-organo" gisa eratu da, eta gobernuak izendatzen ditu haren kide guztiak. Kontsulta-organo horren zereginek Gobernuaren jarduera-eremuan jarraitzen dute.

Eredu hori da Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren antza handiena duena.

Estatutu Bermeen Kontseilua autonomia-estatutuan jasota dago. Autonomia-estatutuaren 76. eta 77. artikuluetan, Estatutu Bermeen Kontseilua arautzen da "Generalitatearen erakundea, Generalitatearen xedapenak Estatutu honetara eta Konstituziora egokitzen ote diren begiratzen duena". Kontseilu horri dagokio, legeak ezartzen dituen baldintzetan, Autonomia Estatutua aldatzeko proposamenei eta proiektuei irizpena ematea, baita gainerako lege-proiektuei, lege-proposamenei eta legegintzako dekretu-proiektuei ere. 77. artikuluaren 4. apartatuak ezarri zituen irizpenen izaera loteslea konstituzioaren aurkakotzat hartu zen ekainaren 28ko 31/2010 KAEn.

Estatutu Bermeen Kontseilua Parlamentuak (bi heren, hiru bostenen gehiengoz) eta Gobernuak (heren bat) proposatuta aukeratzen da. Estatutuak legera bidaltzen du osaera, funtzionamendua, kideen estatutua eta dagozkion funtzioak betetzeari buruzko prozedurak.

Estatutu Bermeen Kontseiluari buruzko otsailaren 12ko 2/2009 Legeak (urriaren 16ko 17/2009 Legeak eta abuztuaren 3ko 27/2010 Legeak aldatu dutena), guri dagokigunez, ekimen motaren arabera irizpena eskatzeko legitimazioa arautzen du 23. artikuluaren a), b) c) eta d) letretan (oro har, bi talde parlamentario, diputatuen hamarren bat edo Gobernua) eta 24. artikulutik 31. artikulura bitartekoetan kasu bakoitzean egin behar den eskaera eta jarraitu behar den prozedura arautzen ditu. Beste gai batzuen artean, ezartzen du dagokion legegintzako prozedura eten egin behar dela (25.4, 26.5, 27.4, 28.4 eta 29.6 artikuluak) kontseilua irizpena ematen ari den bitartean.

Kataluniako Estatutu Bermeen Kontseiluari buruz, Konstituzio Auzitegiak —otsailaren 5eko 10/2018 KAE— honako hau gogorarazi du berriki:

> Estatutuak berak sortutako berme bat da [76.2 b) artikulua], legegintzako ekimenak konstituzionaltasunaren blokera hobeto egokitzeko. Antolamendu zehatza egiteko, Estatutuak berak "legeak ezarriko duenera" bidaltzen du (Kataluniako Autonomia Estatutuaren 76.2 artikuluaren hasierako tartekia). Lege hori Kontseilua bera arautzen duen 2/2009 Legea da (LCAT 2009, 85). Esan dezagun lege horren arabera "Parlamentuak onartu behar dituen lege-proiektuak eta lege-proposamenak, irakurketa bakarrean izapidetuak barne,

Estatutura eta Konstituziora egokitzen ote diren jakiteko" [16.1 b) artikulua] irizpena eskatzeko legitimazioa dutela bi talde parlamentariok edo diputatuen hamarren batek [23 b) artikulua]. Irizpenaren eskaera Ganberaren Mahaiaren bitartez izapidetu behar da, eta eskaera onartzen bada eta Kontseilura bideratzen bada, dagokion legegintzako prozedura eten egingo da irizpena eman arte edo irizpena emateko legez ezarritako epea igaro arte (26.1 eta 4 artikulua eta 27 bis.1 eta 5 artikulua). Kataluniako Parlamentuaren Erregelamenduak irizpen horien ondorengo zuzenketa-izapidea jasotzen du, gainera (120. artikulua).

Eredu frantsesari dagokionez, desberdintasun objektiboak eta nabarmenak daudenez, ezin dugu Frantziako Kontseilua onartu alderatzeko termino baliagarri gisa, baina, dena den, egia da 2009. urtera bitarte ez duela inoiz bere eskumenen artean eduki ekimen parlamentariotik eratorritako lege-proposamenei buruzko kontsulta egitea. 2008ko uztailaren 23ko konstituzio-berrikusketari jarraikiz, betiere lege-proposamena sortzen den batzarraren presidenteak (Diputatuen Ganbera edo Senatua) egokitzat hartzen badu, kontsulta egin dakioke kontsulta organoari.

Logikoa denez, erregulazioa konplexua da, bai kasuei buruzkoa, bai esku-hartze hori gauzatzeko moduari buruzkoa (ez da inoiz egingo lege-proposamena egin duenak nahi ez badu), baita Estatu Kontseiluak bere iritzia emateko prozedurari buruzkoa ere (beste arau-proposamen batzuekin gertatzen den bezala, proiektuen korredakzioarekin bideratzen da, Gobernuko eskudunekin, eta ganberetatik eratorritako ekimenen kasuan, eskudun horien ordez ganberetako kideak jartzen dira).

Horri gagozkiola, **esan dezakegu Batzordearen eskumen-eremuan lege-proposamenak sartzea ez dela Batzordearen zereginak zabaltzea, baizik eta Batzordearen izaera aldatzea: Batzordea Gobernuaren eta Parlamentuaren aholkulari bihurtzen baita. Batzordeak betetzen duen aholkularitza-lana botere legegilearen legegintzako ekimenetara ere bideratuko da eta horrek ekarriko du Batzordearen funtzioen aldaketa kualitatiboa egiteaz gain, Batzordeak duen kokapen instituzionala aldatzea.**

Gaur egun, Aholku Batzorde Juridikoak, aztertzen ari garen alderdian, Estatu Kontseiluaren eredua partekatzen du. Konstituzio Auzitegiak adierazten duenez, Nazioko Gobernuaren kontsulta-organo gorena da, ez ordea, legegintzako ganberena, eta Gobernuaren jarduketa bereziki arauemailea konstituzionaltasun-blokearen eta gainerako ordenamendu juridikoaren ikuspegira bideratzen du, arau bat egiteko aurretiko fasean jardunda: "Estatu Kontseiluaren irizpenen gai dira Gobernuak hasiera batean onartu dituen aurreproiektu edo proiektuak, Parlamentura bidali aurretik; ez, ordea, Gobernuak behin betiko onartu, eta ganberetara bidaltzen dituen proiektuak. Legegintzako funtzioari laguntzeko betetzen duen zereginak, beraz, dagokion ekimenaren oso hasierako fasean jartzen du arreta, baina lege-proiektua Ministro Kontseiluak behin betiko onartzen duenean, Estatu Kontseiluaren oharrak sartuta edo sartu gabe, eta ganberetara bidaltzen denean, Estatu Kontseiluari ez dagokio ezer esatea testuan sar litezkeen zuzenketei buruz" (otsailaren 14ko 36/2016 KAE).

Printzipioz, **Batzordearen iritziz, botere legegiletik kanpoko organo batek legegintza-funtzioari buruzko eskumenak hedatzeko konponbide juridikoki zuzena da, gorago arra-**

zoitu dugunaren arabera, konstituzionaltasun-blokean aurreikustea, hargatik eragotzi gabe bloke horrek lege arrunt batera jo ahal izatea erregulazioa osatzeko.

Hori gertatzen da Frantziako kasuan (aurreikuspena Konstituzioan dago) eta Kataluniakoan, gure inguruneko ordenamendua, gaiari zorroztasun juridiko handiagoz aurre egin diona.

Gure kasuan, adibide on bat daukagu: legegintzako ekimenei buruz dituen funtzioak Eusko Legebiltzarrean garatzen dituen Arbitraje Batzordea EAEAEren 39. artikuluan jasotzen da, zeinak espresuki lege batera bidaltzen baitu prozeduraren zehaztapena.

Estatutu-arauan aurreikuspenik ez dagoenez, argi dago Legebiltzarraren Erregelamenduak soilik jaso lezakeela organo baten txostena lege-proposamenen prozesu legegilean sartzea, baina erabaki horretan balioetsi beharko da eraginik ote duen *ius in officium* delakoan, txosten hori Administrazio aktiboan sartuta dagoen organo batek ematen baitu.

Horrek esan nahi du Aholku Batzorde Juridikoak (administrazioei aholku emateko sortutako organoa baita) bere iritzia lege-proposamenen prozedura legegilean sartzea, hasiera batean, EKren 23.2 artikuluaren oinarrizko eskubideari dagokiola —eta eragina izan dezakeela eskubide horretan—, eta beste arrazoi bat gehiago ematen du egin nahi den aldaketa testuinguru zabalago batean sartzeko premia oinarri hartzeko: **behar bezala aztertu behar dira EABJLn sartu beharko liratekeen aldaketak Legebiltzarraren Erregelamenduak gaia arautzen duenean eta aldaketa nola egin den zehatz-mehatz jakiten denean.**

Zeren, esku-hartze hori Legebiltzarraren Erregelamenduan ezarri ondoren ere, Kataluniako Estatutu Bermeen Kontseiluaren kasuak edo gure Arbitraje Batzordearen kasuak agerian jartzen dutenez, legegintza-prozesuan parte hartzera deitutako organoaren legeak *ad hoc* erregulazio bat behar du, kontsulta egiteko lan espezifiko hori garatzea ahalbidetuko diona.

Horregatik, hala adierazi genuen orduan (129/2015 irizpena) eta orain berriro errepikatuko dugu, **EABJLren 3. artikuluaren aldaketa puntuala baino zerbait gehiago behar da Batzordearen irizpena lege-proposamenen prozesu legegilean sartzeko.**

Bigarrenik, Batzordeari buruzko Legearen 11. artikuluaren 3. apartatua aldatu da. Apartatu horrek, gaur egun, honako eduki hau dauka:

> Batzordeko edozein kidek aurreko apartatuan aurreikusitako kasuren baten berri izanez gero [abstentzioa edo errefusatzea] batzordeari jakinarazi beharko dio, eta batzordeak, kasu bakoitzaren nondik norakoak aintzat hartuz, ebatzi beharko du eraginpean hartutako batzordekideak gaia aztertzeari eta irizpena bozkatzeari ekin behar dion ala ez.
>
> Auzia aurkezten den bilkuran hartuko du batzordeak dagokion erabakia, ponentziaren beharrik gabe.
>
> Abstentzio-arrazoi baten eraginpean dauden kideek ezingo dute parterik hartu batzordeak arrazoi horretaz egingo duen azterketan, eztabaidan eta botazioan, nahiz eta batzordeak hartutako erabakiak lotesleak izan haientzat.

Haren ordez, honako testu hau jarriko da:

> Batzordeko edozein kidek aurreko apartatuan aurreikusitako kasuren baten berri izanez gero, batzordeari jakinarazi beharko dio, eta batzordeak, kasu bakoitzaren nondik norakoak aintzat hartuz, ebatzi beharko du eraginpean hartutako batzordekideak gaia aztertzeari eta irizpena bozkatzeari ekin behar dion ala ez. Auzia aurkezten den bilkuran hartuko du batzordeak dagokion erabakia, aldez aurreko ponentziaren beharrik gabe. Dena den, abstentzioaren kausa xedapen orokorrak prestatzen edo egiten izandako aurretiko parte-hartzea bada, eta presidenteari edo presidenteordeari eragiten badio, administrazio aktiboan betetzen dituzten karguen arabera enkargatu zaielako xedapen orokorra prestatzea edo izapidetzea, presidenteak edo presidenteordeak eskubidea izango dute beren agerraldia eskatzeko, edo abstentzioa proposatzen dutenean eskatu ahal izango diote osoko bilkurari edo gaiaz arduratzen den atalari baimen bat, abstentzioaren kausa gorabehera, dagokion irizpenaren azterketan edo erabakian parte hartzeko, hitzarekin baina botorik gabe, dauden aukeren edo proposa daitezkeen aukeren bideragarritasun praktikoaren helburuak argitzeko.

Beraz, **abstentzio-araubide berezi bat proposatzen da Batzordearen presidente eta presidenteordearentzat. Araubide horretan aurreikusten da araubide orokorra aplikatuz egon litekeen abstentzio-kausa kentzea, pertsona horiek parte hartu badute Batzordeak irizpena eman behar dion ekimen arauemailea egiten edo prestatzen.**

Azterketa egiten hasi aurretik, adierazi behar dugu idazketa berrian kendu egin dela ondorengo lerrokada, baina erregela berria baino lehen sartu beharko da:

> Abstentzio-arrazoi baten eraginpean dauden kideek ezingo dute parterik hartu batzordeak arrazoi horretaz egingo duen azterketan, eztabaidan eta botazioan, nahiz eta batzordeak hartutako erabakiak lotesleak izan haientzat.

Proposatutako aldaketak aurresuposatzen du abstentzio-kausa bat dagoela deskribatutako egoeran, hau da, ekimenak prestatzen eta egiten zuzeneko parte-hartzea dutenek jarduera horrek baldintzatutako ikuspegi bat dutela, eta Batzordearen barruan izan dezaketen judizio tekniko-juridikoari eragin diezaiokeela.

Espedientean bertan, aholkularitza juridikoek betetzen duten zeregina aztertzean, organo sustatzaileak honako hau adierazi du: "Fiskalizazio- edo kritika-lan horrek eskatzen du, bere izaeragatik, independentzia- eta objektibotasun-ezaugarri jakin batzuk, Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren izaeran agerikoak direnak (Zerbitzu Juridiko Zentraletik guztiz kanpo ere ez daudenak). Independentzia eta objektibotasun hori, ordea, pixka bat arriskuan egongo litzateke saileko aholkularitza juridikoen kasuan, aholkularitza horiek aztertu beharko luketen neurri hori 7/2016 Legearen 4.a) artikuluak esleitzen dien funtzioa betetzearen ondorio izango bailitzateke: xedapen orokorren proiektuak prestatzeko eta beharrezkoak diren aurretiko lan tekniko/juridikoak egiteaz arduratu dena nekez izan liteke objektibo proiektu hori fiskalizatzeko".

Bestalde, Batzordearen praktikan, presidente edo presidenteorde zirenek irizpena eman behar zitzaion ekimen arauemaile bat egiten parte hartu duten kasu bakanetan, abstentzio-kausa bat zegoela iritzi zaio.

Espedienteak ez du aldaketa justifikatzeko arrazoirik ematen, ezta aldaketa, aldaketaren helburua eta Batzordearen legezko diseinuan sartzea haztatzeko azterketa bakar bat ere.

Printzipioz, testu arauemailea egin dutenak beren arrazoi guztiak jasota utzi behar dituzten eta Batzordearen bilkuretan parte hartzeko gaituta ez dauden sailetako gainerako organo sustatzaileen egoera berean daude "kontuan hartutako aukeren bideragarritasun praktikoaren helburuak edo sor daitezkeen aukerak argitzeko".

Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoaren 24.1 artikuluan jasotzen da aukera hau: "Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoko lehendakariak, txostengileek edo irizpena eman behar duen Osoko Bilkurako edo ataleko gehiengoak proposamen arrazoitua egin eta gero, kontsulta-gaiari buruzko hainbat alderdiren berri emateko agerraldi informatiboan azaltzeko eska diezaieke honako hauei: txostenaren aztergai den proiektua, egintza edo xedapena gertatzen parte hartu duen organo edo entitate aholku-eskatzailearen agintari eta funtzionarioei, edo gertatze horretan lankidetzan aritutako beste organo edo entitate batzuetako agintari eta funtzionarioei, edo proiektu, egintza edo xedapen horiek eragindako organo edo entitateetako agintari eta funtzionarioei. Azaldu beharrekoak laburki adierazi behar dira eskabide-idazkian".

Izapide horren inguruko bermeetan azaltzen da, halaber, EABJLk zer kezka duen Administrazio aktiboak presentzia aktiboa izan dezan organoan.

Argi dago EABJLk eta, zehazki, agerraldiak edo agerraldien aplikazio-eremuan sartuta dauden administrazioek beren proiektuak azaltzeko Batzordera jo ahal izateko modua arautzen dituzten mekanismoak ebaluatu daitezkeela, eta komunikazioa hobetu dezaketen alderdiak daudela ikusten bada, dagozkion lege-egokitzapenak eragin ditzaketela.

Baina proposatutako aldaketa ez da alderdi orokorrei buruzkoa, eta ez da Administrazio aktiboaren eta aholku-emailearen arteko harremanen azterketa global baten barnean sartzen, baizik eta **EABJLn aurreikusitako abstentzioaren legezko araubidearen *ad casum* aldaketara mugatzen da.**

Ikuspegi oso desberdinetatik egin daitezkeen hausnarketak planteatzen ditu aldaketak, baina bat nagusitzen da honi erreparatu hutsarekin: EABJLk berak, goi-mailako aholkularitza-lana betetzeari EAEn eman zitzaion diseinu berezia eratzean, beharrezkotzat hartu zuen 11. artikuluan (objektibotasuna, inpartzialtasuna eta sekretua) honako hau zehaztea aldatu nahi den apartatuaren aurreko bi apartatuetan:

> **1.- Euskadiko Aholku Batzorde Juridikoko kideek objektibotasunez eta inpartzialtasunez betetzen dute aholkularitza-lana, inolako lotura hierarkikoari eta Administrazio aktiboaren inolako jarraibideei lotu gabe.**
>
> **2.- Ez dituzte ezagutu behar administrazio-prozedura erkidearen alorreko legerian ezarritako abstentzio- eta ezespen-kausetako batean dauden gaiak. Era berean, ez dute esku hartu behar prestatzen edo egiten zuzenean parte hartu duten gaiei buruzko kontsultetan.**

Horrek esan nahi du orain kendu nahi den **abstentzio-kausa organoaren independentzia gordetzera bideratutako jarduketa inpartzial eta objektibo baten berme izan ziren elementuen zatitzat hartu zela.**

Hartutako eredua honela baloratu zen EABJL aurreproiektu-fasean aztertu zuen 84/2003 irizpenean (47.etik eta 69.era bitarteko paragrafoak):

> …/…
>
> Aurreproiektuak, beraz, EAEren goi-mailako aholkularitza-lana antolatzen du administrazio aktibotik bereizitako nortasun juridikorik ez duen, baina autonomia organikoa eta funtzionala, objektibotasuna eta inpartzialtasuna duen kide anitzeko organo bat sortuz; printzipio horiek gidatzen baitute haren jarduera, bai eta era substantiboan baldintzatzen ere, organoaren eratze objektiboa eta subjektiboa ez ezik, funtzionamendu-araubide osoa ere, ikuspegi formaletik zein materialetik.
>
> …/…
>
> Lehenengo aukeraren arabera, organoaren autonomia ez da administrazio aktibotik bereiziz bermatzen, baizik eta organoaren jarduera arautu behar duten printzipioak definituz, organoko kideen estatutua definituz, haien egonkortasuna gordez eta, haien bitartez, funtzionamendu independentea bermatuz (izendapena, kargua uztea, bateraezintasunei buruzko araubidea, eta abar); organoaren nahia osatzeko prozesuak sakralizatuz (prozedura zurruna organoaren jarduketa abian jartzeko, txostenak ─boto partikularraren esanbidezko aurreikuspenarekin─ irizpenak eta akordioak) eta organoa osatzen dutenek lanbide-kualifikazio espezifikoa izateko eskakizuna (organoko kide guztiek egiaztatutako esperientzia izan behar dute aholkularitza-lanaren xede diren gaietan).
>
> Organoaren eratze subjektiboak kontsiderazio berezia merezi du aurreproiektua izapidetzen parte hartu duten organo batzuek egin dituzten oharrak kontuan hartuta. Ohar horiek beren alegazioak egitean nahiz dagokion nahitaezko txostena eginez garatu dituzte.
>
> Ohar horiek elementu bati zuzentzen zaizkio (organoaren eratze subjektiboa); izan ere, elementu horrek jarduketa objektiboaren bermearekin duen loturak gomendagarri egiten du arretaz aztertzea, gai hori organo aholku-emaileen alorrean berria izateaz gain, funtsezkoa delako aurreproiektuaren eredua baliozkotzeko.
>
> Izan ere, arrazoitutakoaren arabera, honetan dautza organoari esleitzen zaion aholkularitza-lan kualifikatuaren zentzua eta izateko arrazoia: organo hori interes orokorraren bermearen eta legezkotasun objektiboaren zerbitzura dagoen tresna izatean. Aholkularitza-lanak zentzua dauka baldin eta administrazio-jarduera osoa baldintzatzen duen “Legeari eta Zuzenbideari men egitea” hobeto betetzea ahalbidetzen badu (EKren 103.1 artikulua); izan ere, soilik horrela esan ahal izango da herritarren eskubide eta interes legitimoak bermatzen dituen tresna dela.

Hortaz, administrazio aktiboari goi-mailako aholkularitza emateko funtzioak bere helburua betetzeko, antolatzeko aukerak ahalbidetu beharko du objektibotasuna bermatuta geratzea organoaren jarduketan, eta, horregatik, administrazio aktiboak organoa osatzen dutenen inpartzialtasuna gorde behar du, jardute objektiboa izateko nahitaezko korrelatua delako hori.

Azterketa horrek eskatzen du organoaren egiturari buruzko araubide juridiko osoaren azterketa egitea; izan ere, behin eta berriz esaten ari garenez eta praktikak erakusten duenez, zenbait antolamendu-konponbide dago berme hori egituratzeko, baina araubide horren azterketa irizpen honen eremutik kanpo dago, irizpen honi aurreproiektua zuzenbidearen arabera sartu ote den balioestea soilik baitagokio.

Oinarriari dagokionez, ikusten da organoaren eratze subjektiboa hartutako ereduaren ondorio logikoa dela (garatu behar duen aholkularitza-lanean arreta jartzen duena batez ere, ez ordea, administrazio bereiziak izan daitezen), Memoriak hautaketa horren justifikazioa (eta horrekin batera oinarri objektiboa) emanez azaltzen duena. Gai horri gagozkiola, ikusten da lehenengo hautaketa horrek dagoen formularekin jarraitu nahi duela.

Organoaren ezaugarri subjektiboei dagokienez, aurreproiektuaren ereduan —beste autonomia-erkidego batzuek jarraitzen duten gehiengodunean ez bezala— administrazio aktiboak elikatzen du, neurri handi batean, hura. Ildo horretan, organoaren eratze subjektiboa berezia da, eta erabateko bereizketaren ereduak (administrazio aholku-emailea/administrazio aktiboa), hedatuena baita, sorrarazten ez dituen gaiak azaleratzen ditu.

Organoa osatuko duten hamar kideetatik bi administrazio aktibokoak dira (beste eredu batzuetako jatorri erkidea) baina, kasu honetan, administrazio aktiboaren goi-mailako kargudun gisa duten eduki funtzionalaren zati bat organo aholku-emailean duten funtzioak eratzen du. Funtzio hori, bestalde, kualifikatua da kide horiei organoaren presidente eta presidenteorde izatea gordetzen baitzaie.

Hortaz, kide horientzat beste araubide bat dago; baina, Funtzio Publikoko Zuzendaritzaren txostenak dioenez, litekeena da organoaren eratze berezi horrek beste ereduetan ez dauden arazoak sorraraztea batzuetan, baina “zalantza metodikoa da eta seguruenik gaindiezina, aholkularitza-lanaz arduratzen den organoak antolamendu administratiboan sartuta egon behar duelako ikuskerari lotuta dagoena”.

Gainerako kideak (batzordekideak) EAEko administrazio publikoetakoak dira —UPV/EHUkoak izan ezik—, eta batez ere administraziotik kanpoko aholkulariaren figuran oinarritzen diren ereduetatik ere aldentzen dira horrela.

Baina, alde batera utzita beste mota bateko kontsiderazioak —legitimoak baina Batzorde honek balioetsi behar ez dituenak—, gorago arrazoitu dugunez, ekimena zuzenbidearen araberakoa ote den aztertzeko erabili behar den parametroa da, aholkularitza-lana egituratzeko moduari dagokionez, AJAPELen 17. xedapen gehigarrian ezarri den arauen izendatzaile komunetako txikienean sartzea modu baketsuan —xedapen hori irizpen honen 31. paragrafoan transkribatu da—.

Eta, orain interesatzen zaigunari dagokionez, manu horrek (aukera asko onartzen dituenak) ahalbidetzen du aholkularitza-lana administrazio aktiboaren zerbitzu juridikoek garatu ahal izatea, betiere (1.) lan hori garatzean era kolegiatuan jarduten badute eta (2.) kontsultaren xedeko xedapenak egin edo egintzak sortu dituzten organoen instrukziorik, jarraibiderik edo oharrik ez badago (mekanismo horien bitartez indargabetzen da zerbitzu juridiko horien mendetasun hierarkikoa, organikoa eta funtzionala, aholkularitza-lana betetzeko garaian autonomia eta independentzia baldintza lezakeena).

Aurreproiektuan, lotura hierarkikorik ez duen kide anitzeko organo bat sortu da, hamar kide dituena. Kide horiei organoaren eduki funtzionalerako egokia den lanbide-profil bat eskatzen zaie eta estatutu pertsonal bat ematen zaie. Estatutu horrek babesten du kontsulta-funtzioa jarraibide hierarkiko, organiko edo funtzionaletik.

Esparru horretan, organoan administrazio aktiboko kideak izatea lortzen da hauek aukeratuta: eduki funtzionala, etengabea, iraunkorra eta goi-mailako aholkularitza-lanaren edukiari lotua duten organoen titularrak (hala nola kontrol juridikoa eta defentsa eta administrazio aktiboa ordezkatzea). Eduki hori, oro har, (salbuespena alde batera utzi gabe) ekimen arauemailetik eta hartzaileak herritarrak dituzten administrazio-egintzak ematetik urrun dago. Eta prestakuntza juridiko espezifikoa gordetzen da, zeinak, aukeratutako ereduaren arabera, goi-mailako aholkularitza-lana garatzea eskatzen baitu.

Presentzia hori txikia da eta, funtzio garrantzitsuak dituen arren, irizpenak kide anitzeko jarduketaren emaitza dira (boto partikularra ados ez dagoen kidearentzat gordetzen da espresuki).

Administrazio aktiboko kideei dagokienez, zuzenean aplikatzen zaie ezein instrukzio, jarraibide edo ohar bideratzeko debekua; debeku horrek proiekzio espezifikoa du abstentzio-kausen erregulazioan.

Egia esan, guztiok dakigunez, interes orokorraren eta pribatuaren arteko nahasketa okerra babesten duten ohikoez gain (AJAPELen 28. artikulua), aurreproiektuak abstentzio-kasu espezifiko bat gehitu du gai batzuei buruzko kontsultetan, baldin eta gai horiek prestatzen edo egiten organoko kideek zuzenean parte hartu badute —salbuespenik gabe—; horretarako, prozedura zorrotz bat ezarri du batzordeko gainerako kideek baloratu dezaten; kasu hori organoaren judizioa hierarkiatik sor litezkeen baldintzetatik babesteko da.

Azkenik, aztertuz gero organoa behar bezala eratzeko eta erabakiak hartzeko quoruma (gutxienez lau batzordekide eskatu beharko dira beti) eta ponentziak egiteko aurreikusitako araubidea (administrazio aktiboko bi kideak araubide horretatik kanpo geratzen dira), ikusten da administrazio aktiboaren presentziak, organoaren diseinu osoaren esparruan aztertuta, ez duela galarazten organoak jarduketa inpartziala eta objektiboa izatea aholkularitza-lana betetzeko garaian.

Aurreproiektuaren formulak gainditu egiten du oinarrizko arauarekin alderatuta egindako testa, hau da, formula horrek erantzuten dion izendatzaile komunetako txikiena errespe-

tatzen du eta izendatzaile horrekin uste izan du estatuko legegileak bete duela aholkuiritzi kualifikatuaren autonomia.

Hortaz, aurreproiektuaren artikuluak aztertzean egiten diren kontsiderazioak alde batera utzi gabe, Jaurlaritzari eta haren administrazioari dagokionez aholkularitza-lanak duen zentzua eta irismena kontuan hartuta, arestian adierazitako baldintzen arabera, aukeratutako ereduak ahalbidetzen du lan hori bere helburuarekin guztiz bat etorriz betetzea: beste tresna bat izatea botere publiko guztiek eta administrazioak egiten duen jarduera legezkotasun-printzipioari lotzeko printzipioaren eraginkortasunaren zerbitzura (EKren 9. eta 103. artikuluak).

Abstentzio espezifikoaren kausa, partzialki transkribatu den irizpenean azaltzen denez, kontrapisua zaio organoan administrazio aktiboko bi pertsona (presidentea eta presidenteordea) izateari.

Kausa hori Batzordearen legezko diseinu osoaren ikuspegitik aztertu ondoren, beraz, esan dezakegu **ez dagoela justifikaziorik proposatutako aldaketa egiteko**.

186/2018 ABJI, par.: 578.etik 624.era

B) Administrazio korporatiboa

Proiektuaren 33. artikuluak **guardiako txanda** arautzen du, eta 1. lerrokadan idazketa nahasgarria duen **paragrafo bat dago**; izan ere, aipatzen duen Prozedura Kriminalaren Legearen 520.5 artikuluaren babespean, **agindu horretan sartzen ez diren zenbait betebehar formulatzen ditu. Horien artean, honako hau dago: guardiako txanda betetzen duen letraduak ohiko bizitokia eta bulegoa "dagokion Elkargoaren esparruan** izan behar du, paragrafo honetan jasotako betebeharrak eta Doako Laguntza Juridikoaren zerbitzuko txandak eskuratzeko betebehar orokorrak betetze aldera".

Betebehar hori aztertutako legeria autonomikoetan ere bada berria, eta 38.1 artikuluak zentzu berean eta oro har doako justiziaren zerbitzuetan inskribatuta dauden profesionalentzat ezartzen duen betebeharrarekin lotzen da.

Izan ere, egiazta daitekeenez, **DLJLk,** aldiz**, ez du betebehar hori aipatzen** 31. artikuluan abokatu eta prokuradoreei esleitzen dizkien eginkizunen artean, **DLJren esparruan** (996/2003 Errege Dekretuak ere ez du egiten).

Kontu horren inguruan esparru administratiboan eta judizialean piztutako eztabaidaz kanpo, batez ere eskumenaren defentsa dela eta, **gure iritziz, aipatu betebeharra ez da proiektuaren xede den dekretuan arautu beharreko gai bat; izan ere**, adierazi dugunez, **horrelako erabakiak profesionalen elkargoen autonomiaren eremuan daude** (DLJLren 22. artikuluak ere aldarrikatzen du), elkargoek bere barne-erregimeneko arau propioak ezartzen baitituzte, lanbidea arautzen duten legeak galarazi gabe.

Arau horiek, gainera, denboran zehar alda daitezke, hortaz, ez dirudi egokia oraingo txostenaren xede den erregelamendu mailako araua bezalakoan "fosilduta" geratzea.

Hori dela eta, **betebehar horri dagokionez, egin beharrekoa izango litzateke, hala badagokio, profesionalen elkargoak arautzen dituzten araudietan xedatutakoari jarraitzea**; izan ere, DLJLren 22. artikuluak ezartzen duenez (zuzenean aplikatzekoa ez bada ere, koherentea da DLJrentzat ezarritako erregimenarekin), araudi horiek une oro bermatu behar dute DLJren nahitaezko zerbitzuak etenik gabe ematea, funtzionaltasun eta efizientzia irizpideak betez.

Interesgarria da aipatu dugun polemikaren berri jasota uztea. Izan ere, horren adierazgarri da Lehiaren Euskal Agintaritzak (LEA) 2017ko martxoaren 20an emandako ebazpena: horren bidez, Bizkaiko Abokatuen Elkargoak Lehia Defendatzeko uztailaren 3ko 15/2007 Legearen 1. artikulua hautsi zuela ebatzi zuen, eta zehapena ezarri zion, elkargoak letradu bati ofiziozko txandetan eta guardiako txandetan izena emateko eskaera ukatu baitzion, Bizkaian ohiko bizilekua eta dagokion lurralde-esparruan bulegoa ez izateagatik (alegazio hori babesteko, hainbat AGE aipatu zituen, baita Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren (EEJA) ─2009tik aurrera, Europar Batasuneko Justizia Auzitegia (EBJA)─ epai bat ere, hain zuzen, 2002ko otsailaren 19ko epaia, C-309/99 Auzian ("Wouters eta beste batzuk"). Halaber, antzeko kasuetan emandako zenbait aurrekari aipatu zituen, hala nola Merkatuen eta Lehiaren Batzorde Nazionalaren (MLBN) ebazpenak: 2015eko martxoaren 12koa, Alcalá de Henares, Guadalajara eta Madrilgo abokatu-elkargoen aurka; eta organo berak emandako 2015eko irailaren 1eko ebazpena, zeinen bidez Guadalajarako Abokatuen Elkargoari eta Espainiako Abokatutzaren Kontseilu Orokorrari zehapena ezarri zien, jokabide berdinagatik.

LEAren ebazpen hori, baina, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak baliogabetu zuen, 2018ko martxoaren 19ko 96/2018 epaiaren bidez (JUR 2018\189384). Epaiak aintzat hartu zuen Bizkaiko Abokatuen Elkargoak aurkeztutako administrazioarekiko auzierrekurtsoa, gaiaren mamian sakondu gabe, eta oinarri nagusia honako hau zen: Lehiaren Defentsari buruzko Legea ez zela kasuan aplikatzekoa ("zerbitzu publikoaren kutsu argia duen zerbitzu profesional bat denez, eduki ekonomikorik gabe, zerbitzuen eskaintza profesionalik gabe, soldatak edo zerbitzu-sariak libreki finkatu gabe, ezin da zerbitzu horiek emateko 'merkatuaz' hitz egin").

Auzitegi Gorenak ez du aho batez onartu Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak atera zuen ondorioa; izan ere, honako honen aldeko jarrerari eutsi dio Auzitegi Gorenak: "profesionalen elkargoek ─publikoek zein pribatuek─ Lehiaren Defentsarako Legeari eta Auzitegiari erabat men egin behar diete (…), betetzen dituzten eginkizunak edozein direla ere" [besteak beste, 2008ko azaroaren 4ko AGE (RJ 2009\338), abokatuen elkargoen esparruari buruzkoa]. EBJA ere ez da iritzi berekoa (aipatutako "Wouters eta beste batzuk" kasuan).

Laburbilduz, esan dugu **profesionalen elkargoei aitortzen zaien autonomiarekin koherentzian,** DLJLren 22. artikuluan ezarritako moduan, korporazio horien **ardura dela**, hala badagokio, **DLJren zerbitzua emateko baldintzak ezartzea**, dagoeneko aipatutako bermeekin;

horrek ez du esan nahi proiektuaren xede den dekretuak aipatzen ditugun betebehar zehatzak elkargokideei eskatu behar dienik.

Ildo horretan, ekainaren 22ko 658/2001 Errege Dekretuak, Espainiako Abokatutzaren Estatutu Orokorra onartzen duenak, abokatuen elkargoei esleitutako eginkizunen artean [4.1.d) artikulua], honako hau aurreikusten du dagozkien lurralde-eremuetan, "Doako laguntza juridikoaren zerbitzuak, baita estatutuen bidez sor daitezkeen laguntza eta orientazio juridikoko beste zerbitzu guztiak antolatzea eta kudeatzea".

Jarrera hori bat dator EAEJANen erabakiarekin, lehenago aipatu dugun 2013ko azaroaren 11ko epaian, indarrean dagoen 110/2012 Dekretua aurkaratzeari dagokionez. Epaiak deusezztzat jo zuen 31.4 artikuluaren hasierako tartekia, DLJLren 22. artikulua kontuan hartuta; azken horrek "ezartzen duenez, zerbitzu horiek antolatzea elkargoei dagokie, autonomia-erkidegoen esku-hartze gehiagorik gabe".

126/2018 ABJI, par.: 151.etik 162.era

C) Kargu publikoak

Erakundearen gobernu-organoei dagokienez, aipatu legeak, zerrenda osoa emateko asmorik gabe, honako hauek identifikatzen ditu: "Administrazio Kontseilua", "Zuzendaritza Nagusia", eta "estatutuetan ezartzen diren gainerakoak". Gaikuntza horrekin, **estatutuek** Administrazio Kontseilua eta Zuzendaritza Nagusia arautzen dituzte, baita pertsona bakarreko beste organo bat ere: **Nazioartekotze Zuzendaritza**, estatutuen 12. artikuluak esleitzen dizkion izaera eta ahalmenekin.

Organo horri dagokionez, proposatzen da "goi kargutzat jotzea, Jaurlaritzari buruzko ekainaren 30eko 7/1981 Legearen 29. artikuluarekin bat" (estatutuen 12.3 artikulua).

Gai horri buruzko hausnarketa egin behar da, **erakundea sortzeko legeak espresuki esleitu baitio Zuzendaritza Nagusiari goi karguaren izaera** (hamalaugarren xedapen gehigarriaren 6. puntua), **estatutuek sor ditzaketen beste organo batzuei buruzko aurreikuspenik gabe.**

Halako aurreikuspenik ezak ez du esan nahi, Batzordearen iritziz, erakundearen estatutuetan sortzen diren pertsona bakarreko organoak ezin direla goi kargutzat jo. Aztertutako kasuan, 5/2017 Legearen hamahirugarren xedapen gehigarriaren 6. paragrafoak aipatzen ditu erakundeak gutxienez eduki behar dituen gobernu-organoak, baina beste batzuk estatutuen bidez sortzea baimentzen du; hortaz, esan daiteke baliozkotu egiten duela estatutuetan organo horien izaera eta aintzat hartzeko modua zehaztea, proiektuak egiten duen moduan, sortzen duen Nazioartekotze Zuzendaritzari goi kargu izaera esleitzen dionean.

Kontu horren ildotik, aipatu dugu zuzendaritzako karguen izaera behar bezala zehaztea zela Batzordearen oinarrizko kezketako bat —SPRI-AVDE bezalako erakundeak eratzen dituzten

estatutuei dagokienez—. Zuzenbide pribatuko erakunde publiko batzuen estatutuak onartzeari buruzko irizpen batzuetan heldu zaio kontu horri (hala nola Lanbide eta Uraren Euskal Agentziari buruzko 218/2010 eta 171/2014 irizpenetan), izan ere, haien sortze-legeek ez zituzten modu itxian aipatzen erakundearen zuzendaritza-organoak.

Batzordeak modu zehatzean 218/2010 irizpenean adierazitakoa (eta 171/2014 irizpenak jasotakoa) laburbiltzen dugu. Irizpen bietan izendapenen aurrekariak aipatzen ziren, Jaurlaritzaren Legearen 18.j) artikulua aintzat hartuta. Hain zuzen ere, artikuluak Eusko Jaurlaritzaren eskumena aipatzen zuen —Administrazioko goi mailako karguak izendatzeko eta kentzeko—; kargu horiek sortzeko legeetan konfiguratuta zeuden, orain bezala (Lanbideko Zuzendaritzaz gain, Etxepare Institutuko Zuzendaritza edo Uraren Euskal Agentziako Zuzendaritza).

Lehenik eta behin, uste dugu **aztertutako arloko lege bat beste zuzendaritza-organo batzuk —legeak berak aipatutakoez gain— ezartzeko asmoz estatutuetara irekitzen denean**, **jarduteko tarte zabala uzten diela estatutuei erakundeak organo propioak ezarri eta defini ditzan**.

Ondorio koherentea lortzeko, argitu behar den lehenengo kontua da zer izaera duen —publikoa ala pribatua— zuzendaritza-organo horiek eta erakundea lotu behar dituen harremanak.

Zuzenbide pribatuko erakunde publikoen kasuan, zuzendarien eta erakundearen arteko harremana kalifikatzeko, zuzendarien eginkizunak berariaz aztertu behar dira. **Eginkizun horiek betetzean ahal publikoak bete behar badira, ahal horiek erabiltzeko egintzak eman beharko dituzten zuzendariek administrazio-izaerako harremana izan beharko dute**, proiektuan ezartzen den bezala. Hala ez bada, legegileak hautatutako pertsonifikazioarekin koherentzian, zuzenbide pribatuan sortutako figuretako bat hartu beharko du harremanak.

Hitz batez, EKren 103. artikuluan xedatutakoaren ondorioa baino ez da, baita SPAJLren 2.3 artikuluan ezarritakoaren ondorioa ere: horien arabera, zuzenbide publikoko erakundeak, nortasun juridiko propioa dutenak, administrazio publiko bati atxikita edo horren menpe daudenak, administrazio publikotzat joko dira. Erakunde horiek, administrazioaren ahalak erabiltzen badituzte, aipatu legearen arauak beteko dituzte jardueran; gainerako kasuetan, ordea, beren sortze-arauek diotena beteko dute.

Kasu honetan, estatutuen 12.2 artikuluak administrazio-organoaren izaera esleitzen dio Nazioartekotze Zuzendaritzari, "esleitua dituen izaera publikoko eginkizunetan administrazio-ahalak erabiltzen dituenean". Eginkizunen zerrenda aipatu 12. artikuluaren 4. paragrafoan dago. Era berean, agindu horren 6. paragrafoarekin bat, "Nazioartekotze Zuzendaritzak ahal publikoak baliatuta ematen dituen egintzek eta ebazpenek administrazio-egintzen izaera izango dute, eta egintza horientzat ezarrita dagoen araubideari dagozkionak izango dira haien baldintzak, eraginkortasuna eta ondorioak. Egintza eta ebazpen horiek administrazio-bidea agortuko dute".

Horrela definituta dagoen zuzendaritza (eginkizunak betetzean ahal publikoak erabiltzen dituen pertsona bakarreko administrazio-organoa) zuzenbide publikoaren mendeko zerbitzu-harreman baten bidez beteko da.

Hitz batez, **Nazioartekotze Zuzendaritza izaera publikoko zuzendaritza-kargu gisa eratzeak ez du zalantzarik sortzen, dagozkion eginkizunen artean ahal publikoak erabiltzeari lotutakoak daudelako**.

Halaber, ez dago zalantzarik kargu publiko dela, botere handiak eta antolakundeko hierarkian maila berezia eta erantzukizuna eskatzen dituzten eginkizunak betetzen dituena, eta izendatzean konfiantza politikoko irizpideak bete behar direla.

Orain goi kargu batek ─Ekonomiaren Garapen eta Azpiegitura Sailaren egitura organikoa ezartzen duen dekretuaren arabera (dekretu horren 14. artikulua: Industria Sailburuordetzako Nazioartekotze Zuzendaritza)─ betetzen dituen eginkizunak erakunde publikoaren Nazioartekotze Zuzendaritzaren esku uzteari buruz lehenago esandakoak azpimarratzen du orain adierazitakoa.

Zuzendaritza formalki goi kargutzat jotzeak sor ditzakeen eragozpenei dagokienez, Jaurlaritzari buruzko ekainaren 30eko 7/1981 Legearen 28. artikuluan eta hurrengoetan xedatutakoaren kontra, gogorarazten dugu, lehenago aipatutako irizpenetan esan genuenez, kontuan izan behar dela, lehenik, legea onartu zen denbora-testuingurua ─Autonomia Erkidegoko Administrazioaren egitura instituzionala definitu zuen EONALren aurrekoa izatea─; gauzak horrela, ezin zaio eskatu egitura instituzional hori diseinatu eta zehaztearen ondoriozko egoera guztiei konponbidea ematea.

150/2018 ABJI, par.: 77.etik 92.era

D) Administrazioaren isiltasuna

Gogoeta sistematiko hori alde batera utzita, **isiltasunaren ezezko esanahiari dagokionez, sakonki aztertu behar da, baimen-araudiaren funtsezko kontua delako**; hori dela eta, ─berriro ere esan behar dugu─ **baimena jasotzeko prozeduraren beste elementu bat bezala aztertu behar da.**

Lehenik, hau gogorarazi behar da: isiltasunari buruzko indarreko araudiarekin, erregelamendu mailako arau batek ezin duela ezezko isiltasunaren kasurik ezarri, legeari gordetako kontua delako (APELen 24.1 artikulua). **Kasu honetan,** elikagaiei loturiko enpresa eta establezimendu batzuen jarduera, osasun publikoa babeste aldera, **aldez aurreko baimenaren mende jartzeko aukera jasotzen duten legeek** (lehenago aipatutako guztiek eta, batez ere, Osasun Publikoari buruzko urriaren 4ko 33/2011 Lege Orokorraren 29. artikuluak, transkribatutakoak) **ez dute ezer esaten horren inguruan.**

Bestalde, gogorarazi behar da **indargabetzen den arauak** ─233/1996 Dekretua, irailaren 17koa─, zeina orain aplikatzen ari dela ulertu behar baitugu, **isiltasun positiboa aipatzen duela** (7.2 artikulua). Onarpena dakarren isiltasun hori abenduaren 22ko 17/2009 Legeak ere aipatzen du, arau orokor moduan; izan ere, lege horren 6. artikuluak ─Zerbitzuen Zuzentarauari

jarraikiz— gogorarazten du prozedurek "…administrazio-isiltasun positiboa aplikatzea bermatu behar dutela, eta isiltasun negatiboa aplikatzeko kasuak lege mailako araudian ezartzen diren eta interes orokorreko arrazoi premiatsuen bidez justifikatzen diren salbuespenak izango direla". Era berean, gaiari buruzko arau autonomikoek isiltasun positiboa jasotzen dute.

Horiek horrela, isiltasuna ezezkoa izateko oinarri bakarra APELen 24.1 artikuluak ezartzen duen "Europar Batasunaren Zuzenbidearen araudian" bilatu behar da.

Alde horretatik, ezer baino lehen ikus daiteke isiltasun negatiboa aurretiazko baimena eskatzen duten kasu hauei soilik aplikatuko zaiela: apirilaren 29ko 853/2004 Erregelamenduaren 4.2 artikuluan ezarritakoei. Hau da, baimen-araudia ezartzea justifikatzen duten arrazoi premiatsuen balorazioa araugile komunitarioak egindakora mugatuko da, araubide hori (eta, beraz, isiltasun negatiboa) ez baita hedatu elikagaigintzan diharduen beste edozein enpresa edo establezimendu jarduerara iristera.

Bestalde, apirilaren 29ko 853/2004 Erregelamenduaren 4.3 artikuluarekin bat, baimena behar duten establezimenduek ez dute jarduera abiatuko agintari eskudunak "*in situ* ikuskapena egin ondoren jarduera egiteko baimena" edo baldintzapeko baimena eman arte.

Onarpen-datatik ondorioztatzen denez, Europar Batasuneko araudia indarrean zegoen, isiltasunaren esanahi positiboa jasotzen duten arauak eman zirenean. Hala ere, geroago, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 625/2017 Erregelamendua (EE) onartu zen, martxoaren 15ekoa, elikagaiei eta pentsuei buruzko legedia eta animalien ongizateari, landareen osasunari eta produktu fitosanitarioei buruzko araudia aplikatzea bermatzeko egiten diren kontrolei eta jarduketa ofizialei buruzkoa, hainbat erregelamendu, zuzentarau eta Kontseiluaren erabaki bat aldatzen dituena.

148. artikuluak —852/2004 eta 853/2004 (EE) erregelamenduekiko lotura, elikagai enpresetako establezimenduak baimentzeari dagokionez— honako hau dio, hitzez hitz:

> 1. Agintari eskudunek ezarriko dute zer prozedurari jarraitu behar dioten elikagai-enpresetako operadoreek haien establezimenduetarako baimena eskatzen dutenean 852/2004 (EE) eta 853/2004 (EE) erregelamenduen arabera.
>
> 2. Agintari eskudunak elikagai-enpresako operadore baten baimen-eskaera jasotzen duenean, "in situ" ikuskapena egingo du.
>
> 3. Agintari eskudunak kasu honetan bakarrik emango dio baimena establezimendu bati bertan egin ditzan eskatutako jarduerak: elikagai-enpresako operadoreak egiaztatzen duenean elikagaigintzari buruzko legedian ezarritako baldintzak betetzen dituela.
>
> 4. Agintari eskudunak baldintzapeko baimena eman ahal izango du, establezimenduak —azpiegitura eta ekipamenduari dagokionez— baldintza guztiak betetzen dituela agerian uzten bada. Eta bakarrik emango du erabateko baimena baldin eta kontrol ofizial berrian —baldintzapeko baimena eman eta ondorengo hiru hilabetean egingo baita—

egiaztatzen badu establezimenduak gainerako baldintzak ─elikagaiei buruzko legedian ezarritakoak─ betetzen dituela. Establezimenduak aurrerapauso argiak egin arren baldintza guztiak oraindik betetzen ez baditu, agintari eskudunak baldintzapeko baimena luzatu ahal izango du. Hala ere, luzapen horren iraupen osoa ezin izango da sei hilabete baino gehiago izan, estatu kideen bandera daramaten lantegi-ontzien eta ontzi izoztaileen kasuetan izan ezik (halakoetan, baldintzapeko baimena gehienez ere 12 hilabetekoa izango da).

5. Agintari eskudunak azterketen mende eutsiko die establezimenduen baimenei kontrol ofizialak egitean.

Batzordearen iritziz, artikulu horrek ñabardura garrantzitsuak gehitzen ditu baimenak emateko prozeduraren diseinuan.

Artikuluak berriz aipatzen du *in situ* ikuskapena egiteko beharra ─aurreko erregelamenduan dagoeneko aipatzen zen─, baina berariazko jarduketa eskatzea nabarmentzen du honako puntu hauetan: operadoreak elikagaiei buruzko legedian ezarritako baldintzak betetzen dituela egiaztatzen duenean bakarrik eman dezake baimena agintari eskudunak; baldintzapeko baimena arautzean "kontrol ofizialak" eskatzea berriz azpimarratzen duenean; eta, azken apartatuan, agintari eskudunak, kontrol ofizialen bidez, baimenak etengabe ikuskatu behar dituela xedatzen duenean ("eutsiko die").

Hala, berriz esan daiteke Europar Batasuneko araudiak indartu egiten duela administrazio eskudunaren betebeharra: berariazko jarduketa bat behar da, hala baimena emateko eta baldintzapeko baimena behin betiko bihurtzeko, nola baldintzak betetzen direla zaintzeko.

Testuinguru horretan, aplikagarritzat jo daiteke Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak (EBJA) batez ere ingurumen arloan defendatu duen doktrina (EBJAren 2001eko ekainaren 14ko epaia, C-230/00 Auzia), hots, ez dela koherentea isilbidezko baimenak eta agintari eskudunei eskatzen zaizkien baimenak bateragarritzat jotzea, baimena emateko eskumena duen agintaria aldez aurretiko kontrola edo ebaluazioa egiteko jarduketa material zehatz bat egitera behartuta dagoenean.

Oinarri hori hartuta, Batzordearen iritzia da bideragarritzat jo daitekeela isiltasunari ezezko esanahia esleitzea, isilbidezko baimena ematea eragozten duen mekanismoa izan dadin. Alde horretatik, **isiltasun positiboak babesik gabe utziko lituzke** (agintari eskudunaren funtzionamendu okerra dela eta, beste mekanismo zuzentzaile batzuk beharko dituena) **interes orokorreko arrazoi sendoak (osasuna, kontsumitzaileak babestea eta elikagaien segurtasuna), aurretiazko baimenaren erregimena ezartzea justifikatzen dutenak**; araubide horretan, Europar Batasuneko araudiak kontrol ofiziala gehitzen du baimena emateko prozeduran, ezinbesteko izapide gisa.

Zera azpimarratu behar da: esku hartzeko erregimen horren mendeko enpresa eta establezimenduen jarduerarako aurretiazko baimena eskatzeko betebeharra ezartzea justifikatzen duten arrazoiek, hain zuzen ere, galaraziko lukete kasu horietan isiltasun positiboa erabiltzea.

Alabaina, gauzak horrela, esan behar da proiektuko aukera hori eutsiz gero, hainbat alderdi batera baloratu beharko liratekeela.

Hala, proiektuan jasotako prozedura Europar Batasuneko araudia aintzat hartuta bete behar da; izan ere, transkribatutako 148. artikuluan ere argi ikus daiteke helburua: baimenak emateko teknika justifikatzen duten arrazoiak babestea eta jarduerarako sarbidea bateratzeko nahia, baldintzapeko baimenaren mekanismoa arautuz (proiektuan ez dago).

Horrek esan nahi du aztertu beharko litzatekeela jarduerara iristeko baimenak emateko prozedura bat, sei hilabeteko iraupena izango lukeena (gehi aipatu epea etenda egon daitekeen denbora, zuzenketa eskatzen bada), administrazioari —esanbidezko erabakirik eman behar gabe— baimena ukatzeko aukera ematen diona.

Alde horretatik, ez da beharrezkoa sakonki arrazoitzea sei hilabeteko epea (edo nahikotzat jotzen den iraupena duen epe bat) nahikoa izango litzatekeen baloratu beharra, kontuan hartzen bada funtsezko izapide bakarra *in situ* ikuskapena eta dagokion txosten loteslea egitea dela, eta, akatsak zuzendu behar izanez gero, epe hori eten behar dela, APELeko araubidearekin bat.

Laburbilduz, azaldutakoaren arabera, isiltasun negatiboa oinarritzeko arrazoiak badaude ere, organo sustatzaileak baloratu behar du konponbide hori, faktore guztiak aintzat hartuta; hortaz, ezin da ahaztu, adierazitakoaren arabera, une honetan ez dagoela konponbide hori berma dezakeen barne-araudirik (egia esateko, doktrinak dioenez, estatuko legegileak Zerbitzuen Zuzentaraua egokitzeko prozesua erabili du isiltasun positiboa bultzatzeko eta arau orokor bihurtzeko —azaroaren 23ko 17/2009 Legearen 6. artikulua—). Europar Batasuneko araudiak ere ez du espresuki baztertzen isiltasun positiboa erabiltzeko aukera; oraingoz, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ez du eman ingurumenaren arloan sortutako doktrina —aipatu duguna— elikagaigintzan diharduten enpresa eta establezimenduen baimen sanitarioei aplikatzen dien jurisprudentziarik.

27/2018 ABJI, par.: 128.etik 167.era

Isiltasunaren zentzu negatiboa, 6. apartatuan ezarritakoa, ez dago babestuta APELen 24.1 artikuluak ezartzen dituen salbuespenetan —isiltasun positiboa arau orokorra izanik—, interesdunak eskatuta hasitako prozeduretan.

Ildo horretan adierazi behar da, batetik, GZLren 59.1 *ter* artikuluak isiltasun positiboa ezartzen duela zerbitzuak eta gizarte-zerbitzuak ematean parte hartzen duten zentroak baimentzeko prozeduretarako, eta, bestaldetik, OFLan edo geroago onartutako beste lege-arau batean ez

dagoela proiektuak ─isiltasun negatiboari dagokionez─ aurreikusten duen estaldurari buruzko xedapenik. **Segurtasun juridikoak, gaur egun, legean espresuki adierazitako babesa eskatzen du, Administrazioak ezarritako epean ebazpenik ematen ez duenean ondorio negatiboak zehazteko.**

101/2018 ABJI, par.: 119.etik 120.era

E) Administrazioak esku hartzeko teknikak

Azaldu behar den bigarren gai orokorrak honako figura hauekin du zerikusia: aurretiazko komunikazioa, erantzukizunpeko adierazpena eta baimena; hirurak proiektuan aipatzen dira.

Jarduera hasteko edo establezimendu bat irekitzeko baimena, proiektuak elikagaiekin zerikusia duten enpresa eta establezimendu batzuetarako [apirilaren 29ko 853/2004 Erregelamenduan (EE) jasotakoak] ezartzen duena, **tresna juridikoa da; horri esker, jarduera batek horretarako ezarritako baldintzak betetzen dituela egiazta dezakete administrazioek ─prebentzio modura─.**

Esku-hartze publikoa baimenaren bidez diseinatzen bada, dagoeneko ez dago tokirik erantzukizunpeko adierazpenerako edo komunikaziorako (APELen 69. artikuluak hitzez hitz dioenaren arabera, dagoeneko ez da "aurretiazko komunikazioa", baizik eta "komunikazioa" besterik gabe), jarduerak eskatzen dituen baldintza materialak eta formalak betetzen direla aldez aurretik egiaztatu behar delako.

Gainerako bi figurak aztertzeko, gogorarazi behar da barne-merkatuko zerbitzuei buruzko 2006/123/EE Zuzentaraua (aurrerantzean, Zerbitzuen Zuzentaraua), Zerbitzu-jardueratan Aske Sartzeari eta Aritzeari buruzko azaroaren 23ko 17/2009 Legearen bidez eta abenduaren 22ko 25/2009 Legearen bidez egokitu zela barne-ordenamendura; azken horrek hainbat lege aldatu zituen aurrekora egokitzeko, besteak beste, 30/1992 Legea, azaroaren 26koa, Administrazio Publikoen Araubide Juridikoari eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzkoa (AJAPEL). Hain zuzen ere, aldaketaren ondorioz, 71.bis artikulua sartu zen ─gaur egun, APELen 69. artikulua─, erantzukizunpeko adierazpenaren eta aurretiazko komunikazioaren arauketa orokorra jaso zuena.

Horren harira, abenduaren 9ko 20/2013 Legeak ─idazkera berria eman zion azaroaren 23ko 17/2009 Legearen 7.3 artikuluari─, 17. artikuluko 2. eta 3. apartatuetan, erantzukizunpeko adierazpena honako kasu hauetarako gordetzen duela ematen du: "Jarduera ekonomiko bat lortzeko edo hura gauzatzeko, edo jarduera ekonomikoak egiteko instalazio edo azpiegitura fisikoetarako erantzukizunpeko adierazpena aurkez dadin eskatzeko premiatasun- eta proportzionaltasun-printzipioak daudela ulertuko da araudian eskatzen denean interes orokorreko ezinbesteko arrazoi batengatik justifikatutako betekizunak betetzea, betiere betekizun horiek neurrizkoak badira". Bestalde, komunikazioari dagokionez, arrazoi horietako bat azaltzen denean, agintariek "merkatuan dauden operadore ekonomikoen, instalazioen eta azpiegitura fisikoen kopurua ezagutu" behar dutenean.

Baina, egia esan, badirudi figura bat edo bestea hautatzea ez dagoela aldez aurretik finkatutako irizpideen; izan ere, figura bakoitza argi zehaztea ahalbidetzen duten elementuak ere, baimendutako doktrinaren arabera, ez daude argi. Egin-eginean ere, biak ala biak aurkezten dira baimentzeko teknikaren bidez ezarritako esku-hartze zorrotzago baten alternatiba moduan. Hura baztertuta, ez dirudi **erantzukizunpeko adierazpena eta komunikazioa araubide juridiko oso desberdinetakoak direnik, eta oso gutxi dira bakoitzaren taxutze sendoa eta bereizia egiteko oharrak.**

Erantzukizunpeko adierazpenaren definizioaren arabera (APELen 69.1 artikulua), interesdunak Administrazioaren aurrean adierazten du, bere erantzukizunaren pean, betetzen dituela araudi aplikagarriak ezartzen dituen betekizunak eta baduela hori egiaztatzen duen dokumentazioa. Bestalde, komunikazioaren bitartez (APELen 69.2 artikulua), interesdunak Administrazioari jakinarazten dizkio bere identifikazio-datuak eta eska dakizkiokeen gainerako betekizunak; ondorioz, dokumentazioa aurkezteko eskatu ahal zaio, dokumentazioa interesdunaren esku dagoela adieraztea ez baita nahikoa.

Biek —bai erantzukizunpeko adierazpenak, bai komunikazioak— **eskubide bat aitortzea edo baliatzea edo jarduera bat hastea ahalbidetzen dute, aurkezten diren egunean bertan**, aplikatzen den legedian bestelakorik ezartzen ez bada (APELen 69.3 artikulua).

Garrantzitsua da gogoraraztea ez dagoela biak batera eskatzerik (APELen 69.6 artikulua eta, ildo beretik, abenduaren 9ko 20/2013 Legearen 17.4 artikulua: "esku hartzeko bitarteko bakarra aukeratuko da, komunikazioa edo erantzukizunpeko adierazpena aurkeztea izan daiteke edo baimeneskaera egitea").

Administrazioak aldatu gabe mantentzen ditu bere ahalmenak —egiaztatzeko, kontrolatzeko eta ikuskapenak egiteko— eta une guztietan eskatu ahal die interesdunei adierazitakoa edo komunikatutakoa betetzen dutela egiazta dezaten (69.1 artikulua, *in fine* eta 69.3 artikulua).

Egia esan, **figura bietan garrantzitsuena da jarduera interesdunaren ardurapean egiten dela, erabat**, eta Administrazioak edonoiz eska diezaiokeela interesdunari, hark adierazpena edo komunikazioa aurkeztu ondoren, egiazta dezala eskatzen diren oinarrizko baldintzak eta formaltasunak betez diharduela.

Hori dela eta, erantzukizunpeko adierazpen batean edo komunikazio batean jasotzen den datu edo informazioren bat zehaztasunik gabea edo faltsua bada edo ezkutatzen bada edo aurkeztu ez bada, ezinezkoa izango da dena delako eskubidea baliatzen edo jardueran aritzen jarraitzea, hargatik eragotzi beste ondorio batzuk (erantzukizun penal, zibil edo administratiboak, aurreko egoera juridikora itzultzeko betebeharra edo prozedura berri bat hasteko aukerarik eza, APELen 69.4 artikulua).

Administrazioek erantzukizunpeko adierazpenaren eta aurretiazko jakinarazpenaren ereduak argitaratzeko eta eguneratuta izateko betebeharra dute, interesdunek erraz eskuratzeko aukera izan dezaten.

27/2018 ABJI, par.: 92.etik 104.era

II. Doako laguntza juridikoa

Xedapen horren arabera, "Eskatzaileak lan-harremanetako gradudun bat izendatzeko eskatzen badu, profesional hori izenda daiteke doako laguntza juridikoa emateko, Doako Laguntza Juridikoari buruzko urtarrilaren 10eko 1/1996 Legearen bosgarren xedapen gehigarrian eta Lan-jurisdikzioa arautzen duen urriaren 10eko 36/2011 Legean xedatutakoaren arabera. Horretarako, dekretu honen 12. artikuluan aurreikusitako Jarraipen Batzordearen txostenak jaso ondoren, bai eta erregulazio honen mendeko profesionalen elkargoen proposamenak ere, eta beharrezkoak diren guztiak orobat, dekretu hau garatzeko araudia emango da, zeinak Lan Harremanetako Gradudunen elkargoak Doako Laguntza Juridikoaren Sistemarekin lotzea erraztuko duen".

Gizarte-gradudunak DLJren sisteman sartzeari dagokionez, adierazi behar da, Prozedura Zibilaren Legea aldatzen duen 42/2015 Legearen azken xedapenetako hamaikagarrenaren arabera, "Lege hau Estatuko Aldizkari Ofizialean argitaratzen denetik urtebeteko epean, Gobernuak lege-proiektu bat bidaliko die Gorte Nagusiei, Lan arloko jurisdikzioa arautzen duen urriaren 10eko 36/2011 Legeari jarraituz lan-harremanetako gradudunek lan-arloko eta gizarte-segurantzako prozeduretan jarduteko izan behar duten gaikuntza profesionala arautuko duena eta, besteak beste, izan behar duten titulazioa, prestakuntza espezializatua eta egin behar zaien ebaluazioa zehaztuko dituena". Eta gaineratzen duenez, "Ondore horietarako eta, urtebeteko epe berean, lan-harremanetako gradudunak doako ordezkaritza teknikoaren sistemara irits daitezen aukera emango duen lege-esparrua moldatu ahal izateko beharrezkoak diren arau-aldaketei buruzko txostena egin ahal izateko, hiru hilabeteko epean batzorde misto bat eratuko da. Batzorde hori Abokatutzaren Kontseilu Orokorraren eta Lan Harremanetako Gradudunen Kontseilu Nagusiaren ordezkariek osatuko dute, Justizia Ministerioak izendatutako adituek ere parte hartuko dute, eta organo bakoitzak kide kopuru bera izango du".

Hala ere, **egokitzapen hori oraindik egin ez denez**, gure azterketa indarrean dagoen araudiari jarraikiz egin behar dugu.

Botere Judizialaren Lege Organikoaren 545. artikuluaren arabera ("Abokatuak eta prokuradoreak izendatzea"):

> 1. Legeak besterik xedatzen ez badu, alderdiek libreki izendatu ahal izango dituzte beren ordezkari eta defendatzaileak, legeek ezarritako baldintzak betetzen dituzten prokuradore eta abokatuen artetik.
>
> 2. Lan-arloko eta Gizarte Segurantzako prozeduren kasuan, lan-harremanetako gradudun batek bete ahal izango du ordezkaritza teknikoa. Lan-harremanetako gradudun horri aplikagarri izango zaizkio bere funtzioari datxezkion betebeharrak, bat etorriz bere

ordenamendu juridiko profesionalean, titulu honetan eta bereziki 187., 542.3 eta 546. artikuluetan ezarritakoarekin.

3. Ofizioz izendatuko dira, legeetan ezarritakoarekin bat, inork hala eskatzen badu edo berak izendatzeari uko egiten badio, nahitaezkoa izanik haien parte-hartzea. Ofiziozko defentsa edo ordezkaritza doakoa izango da legeak ezarritakoaren arabera auzitara jotzeko baliabide aski ez dutela egiaztatzen dutenentzat.

Doako justizia, hortaz, defentsari edo epaiketako ordezkaritzari lotzen zaio agindu horretan.

Lan arloko jurisdikzioa arautzen duen urriaren 10eko 36/2011 Legeak ere ez du ahalbidetzen gizarte-gradudunak doako justiziaren arloan sartzea. Izan ere, lege-testu horren 21. artikuluak ("Abokatu, gizarte-gradudun edo prokuradorearen esku-hartzea") honako hau baino ez du aipatzen: langileek eta gizarte-segurantzako sistemaren onuradunek —legeak hala xedatuta, doako laguntza juridikoa jasotzeko eskubidea dutenek— ofiziozko abokatua izendatzeko eskatzea. Era berean, jasotzen duenez, "Aukerakoa izango da auzialdian abokatuak egitea defentsa, eta gizarte-gradudunak egitea ordezkaritza teknikoa. Erregutze-errekurtsoan, abokatu batek defendatu beharko ditu auzilariak, edo bestela, gizarte-gradudun elkargokide batek ordezkatuko ditu (ordezkaritza teknikoa). Kasazio-errekurtsoan eta Auzitegi Gorenaren aurreko jarduera prozesaletan, nahitaezkoa izango da abokatu batek defentsa egitea".

Mailaz goragoko auzialdietan, lege horren 231. artikuluarekin bat (III. liburuko V. titulua, Erregutze- eta kasazio-errekurtsoen xedapen erkideak), ofiziozko txandako letradua izendatzea ere aipatzen da. 232. artikuluak "Ofiziozko letraduaren izendapena" arautzen du, gizarte-gradudu-na aipatu gabe eta horrekin parekatu gabe.

Gizarte-gradudunen esku-hartzearen arauketa —indarrean dagoena— ikusita, **egiazta daiteke ez daudela jasota DLJren esparruan**; **hortaz, ezin da esan, proiektuaren bigarren xedapen iragankorrak egiten duen moduan, profesional horiek doako justizia eskatu duten pertsonen defentsa egiteko izenda daitezkeenik**. Ondorioz, aginduaren oinarri den kasua ezinezkoa denez, dekretua garatzeko araudiko xedapenak ere (gizarte-gradudunen elkargoak DLJren sistemarekin lotzea errazteari buruzkoak) ez du zentzurik.

Hitz batez, **bigarren xedapen iragankorra testutik kendu behar da; izan ere, araudia aldatzen ez den bitartean** (42/2015 Legeak adierazitako moduan), **gizarte-gradudunek ez dute baimenik DLJren zerbitzua emateko.**

Iritzi bera adierazi zuen Estatu Kontseiluak 2013ko abenduaren 19ko 1059/2013 irizpenean, Doako Laguntza Juridikoaren legearen aurreproiektuaren 6. eta 40.1 artikuluei dagokienez —aurreproiektua ez zen onartu—. Irizpenak, 36/2011 Legea aipatuta eta "Gizarte Arloko Jurisdikzioa arautzen duen urriaren 10eko 36/2011 Legearekin bat, gizarte-gradudun baten ordezkaritza teknikoa eskatu ahal izango da, eta halakoetan, lege honek abokatuentzat eta prokuradoreentzat ezartzen duen araubide beraren menpe arituko dela" esan ondoren (aurreproiektuaren 6. artikulua), hauxe adierazi zuen: "Hitzarmenaren bidez, abokatuen elkargoek eta gizarte-gradudunen elkargoek funtsak igortzea erabakiko dute, eta horien kargura —jarduera bera abokatu batek egiten duen kasuetarako ezarritako moduluarekin

bat etorriz— profesionalen jarduketak ordainduko dira, gizarte-gradudunek gizarte arloan ematen dituzten zerbitzuei (ordezkaritza teknikoa) dagozkienak" (aurreproiektuaren 40. artikulua).

Estatu Kontseiluak honako funtsezko ohar hau formulatu zuen irizpen horretan, gizarte-gradudunak DLJren sisteman sartzeari dagokionez: "Estatu Kontseilu honen iritziz, aurreproiektuaren 6. artikuluan jasotako xedapena, gizarte-gradudunek araubidean parte hartzeari dagokionez, kontraesanean dago Botere Judizialari buruzko Lege Organikoaren 545. artikuluan jasotakoarekin; hortaz, 6. artikulu horrek doako laguntza juridikoaren erregimenean egingo lukeen funtsezko aldaketak, aldez aurretik, lehenago aipatutako Botere Judizialari buruzko Lege Organikoaren agindua aldatzea eskatzen du". Estatu Kontseiluak gaineratzen duenez, "ez da behar doako laguntza juridikoaren gaur egungo finantzabide orokorrean ez dauden jarduketa batzuen ordainketak abokatuen elkargoen eta gizarte-gradudunen elkargoen artean etorkizunean egingo diren hitzarmenetan jaso, aldez aurretik laguntza horren araubide orokorrean egin behar diren aldaketak arautzen ez badira, eta hitzarmen horien norainokoa eta gizarte-gradudunen jarduketa doako laguntza juridikoaren araubidean txertatzeko modua zehazten ez bada (izendapenak, gizarte-gradudunen eta esku hartzen duten abokatuen arteko lanbide-harremanak...)".

126/2018 ABJI, par.: 197.etik 207.era

III. Kooperatibak

Aurreproiektuak, memorian jasotzen den bezala, gobernu korporatiboari buruzko oinarrizko alderdiak jasotzen ditu, abenduaren 3ko 31/2014 estatuko Legean ezarritakotik eratorrita (Kapital Sozietateei buruzko Legea aldatu baitzuen gobernu korporatiboa hobetze aldera).Ildo horretan, moldatu egin da EKLren 47. artikulu zaharra, aurreproiektuaren 50. artikuluaren bitartez, zeina administratzaileen erantzukizunari dagokion. Honako erantzukizun hau ezartzen da bertan: "Administratzaileek izango dute legearen edo estatutuen kontrako egintzen ondorioz sorturiko kalteen erantzukizuna, baita karguari dagozkion funtzioak gauzatzean eragindako kalteena ere, betiere dolo edo erruz jardun badute. Erantzukizun hori zenbatesteko, kontuan hartuko da ea administratzailearen kargua ordainpekoa den ala ez".

Atentzioa ematen du aipatutako artikuluak mantendu izana **indarreko artikuluaren azken tartekia, erantzukizunen mugaketa edo mailaketa sartzen baitu, kargua betetzeko profesionaltasun handiagoaren ala txikiagoaren arabera. Nolabaiteko aringarria edo salbuespena binomio honetan oinarrituta egongo litzateke: ordainsaria *versus* doakotasuna.**

Erantzukizuna ezartzeko, kasu horietan, aldi berean gertatu beharko dira dagokion kargua gauzatzean, doloa eta kulpa izan duen portaera baten bitartez kaltea eragitea, eta, gainera, bien artean kausazko lotura egon behar du, horrek ekarriko baitu administratzaileek eragindako kalteen gaineko erantzukizuna izatea.

Betebeharren teoria orokorraren arabera, erantzukizunaren oinarria da eginkizunak behar bezalako arduraz jokatuz betetzea. Betebehar hori testuaren **49. artikuluan** jasotzen da, **administratzaileen betebeharrak** ezartzen baitira. Hala, **dagozkien eginkizunetan, enpresaburu ordenatuaren arduraz jokatu beharko da, kargua leialtasunez eta fede onez beteta.**

Eskakizun horretan, ezin bestela izan, ez da aintzat hartuko kargua ordainduta edo ordaindu gabe betetzen den. Hori horrela, administratzaileen obligazioak ezartzerakoan, obligazio horiek berdinak dira denentzat, eta ezingo dira murriztu kargua ordaindu gabe betetzen delako. Jakintzat ematen da fede oneko jarrera izango dutela, eta dagozkien eginkizunetan, behar bezalako arduraz jokatuko dutela. Hala, kooperatibaren funtzionamendua zein den jakin beharko dute, informazioa jasotzeko betebeharra aintzat hartuta. Era berean, betebeharrak zehaztean, karguari dagokion dedikazioa egotziko zaie. Ez da logikotzat jotzen beren obligazioak prestasun edo leialtasun gutxiagorekin bete ditzaketela jotzea karguaren ordainetan dirurik jasotzen ez dutelako.

Aipatzekoa da Auzitegi Gorenak 2002ko uztailaren 4an emandako epaia. Honako hau adierazten du:

> Oro har, Zuzendaritza Kontseiluko kideen jokabideak irregulartasun larriak ditu administratzaile gisa dituzten betebeharretan (aurkaratutako epaian jasotzen dira), baina ez ditu egoera horretatik salbuesten "nekazariak, eta, gainera, oinarrizko kooperatibako kide izateak; hots, merkataritza jarduerara oso ohituta ez dauden eta bileretara maiztasunez joaten diren pertsonak, kooperatibaren egunerokotasunean beste ezertan baino gogo gehiagorekin jarduten dutenak (askotan, gainera, erakundearen benetako funtzionamendua ezagutzeko aukerarik gabe). Funtzionamendu hori zuzendari edo gerente komertzialek gauzatzen dute, eta horien esku uzten dituzte eginkizunak", zioan adierazten den bezala; izan ere, ez zuten jokatu administratzaile bati eskatzen zaion oinarrizko zuhurtziarekin.

Beste kontu bat da, erakutsitako arduraren eta tartean egon daitezkeen inguruabarren aldagarritasunaren ondorioz, erantzukizun berari ñabardurak egitea, erantzukizuna sortu ondoren. Hori bai, kapitulu honetan ulertu behar dugu ezen, erantzukizun-akzioa egikaritzean, erabakimen judizialaren barruan sartzen dela erantzukizunaren modulazioa. Hala, Kode Zibilaren 1.103 artikuluan honako hau adierazten da: "Zabarkeriak eratorritako erantzukizuna ere eskatzeko modukoa da edozein motatako betebeharra betetzean; alabaina, auzitegiek erantzukizun hori molda dezakete kasuan-kasuan".

Horrenbestez, konponketaren osotasun-irizpidea ez denez kontzeptu absolutua, onartu egin da tartean dauden inguruabarren arabera moderatu ahal izateko aukera. Gure kasuan, nagusiki erruaren intentsitatea hartu behar da kontuan, eta epaitzen duenaren hautazko eskumenaren arabera egongo da. Dena den, **testuan mantenduz gero karguaren kostu bidearen araberako aldakortasun-faktore bat, arazo gehiegi sor daitezke aplikazioan.**

176/2018 ABJI, par.: 120.etik 127.era

IV. Ikuskizunak eta jolas-jarduerak

II. kapituluko laugarren atalean ("Higienea eta osasungarritasuna"), xehetasunez aztertu behar da 23. artikulua (batez ere 3. paragrafoa), eta sexu-jardueretarako establezimenduekin zerikusia duten beste agindu batzuekin batera egin behar da azterketa.

Hala, **proiektuan jasotako dekretuaren I. eranskinean dagoen jendaurreko ikuskizunen, jolas-jardueren eta establezimendu publikoen katalogoan, B apartatuan**, JIJJLn jasotako katalogoarekin konparatuta berrikuntza moduan, **"Sexu-aisialdiko jarduerak" agertzen dira, aisialdiko jarduera gisa** (13. puntua), honela definituta (araugintzako teknikari buruzko atalean aztertzen dugunez, idazketa kaxkarrarekin): "sexu-izaerako aisialdiko jarduerak modu libre eta independentean ematean edo egitean [sic] datzan jarduera".

Horrez gain, I. eranskinean, establezimendu publikoei buruzko apartatuan (zenbaki okerra du, "III."), "J" azpiapartatuan ("Bestelako aisialdi-establezimenduak"), 3. paragrafoan "Sexu-jardueretarako establezimenduak" jaso dira, honela definituta: "Konkurrentzia publikoko establezimenduak, bide publikotik zuzeneko sarrera dutenak, non sexu-aisialdiko jarduerak era librean eta independentean ematen edo egiten diren. Establezimenduok ostalaritza- eta jatetxe-zerbitzu osagarria eduki ahal izango dute". Hitz batez, establezimendu publiko horietan egiten dira, hain zuzen ere, I. eranskinaren "B" apartatuko 13. paragrafoan aipatutako sexu-aisialdiko jarduerak, aisia-jardueratzat hartuta.

Esan behar da **JIJJLk**, erantsitako katalogoan, aisialdiko jardueretan diharduten establezimenduei buruzko B apartatuaren 10. paragrafoan **"Klub bereziak edo alterne-klubak" jasotzen dituela. Legearen xedatze-zatian ez dago esplizituki sexu-aisialdiko jardueratzat har daitezkeen jarduerei buruzko xedapenik**.

Hasteko, dekretu-proiektuaren 23. artikuluak (II. kapitulua, laugarren atala, establezimendu publikoek eta ikuskizun publikoak eta aisialdiko jarduerak antolatzen dituzten gainerako tokiek bete beharreko higiene- eta osasungarritasun-baldintzei buruzkoa) zenbait xedapen jasotzen ditu "Sexu-jardueretarako establezimenduetako osasungarritasunari eta higieneari" dagokienez. Xedapen horiek, izan ere, I. eranskinaren III.J apartatuko 3. paragrafoan jasotakoei aplika dakizkieke.

Gainera, proiektuaren 32.2.d) artikuluan establezimendu horiek IV. ordutegi taldean sartzen dira. Eta, 52.1 artikuluaren b) apartatuarekin bat, debekatuta dago sexu-jardueretarako establezimenduetan hemezortzi urtetik beherakoak sartzea eta egotea (ez bakarrik, ezta adin nagusikoek lagunduta ere).

Proiektuaren 23. artikuluko xedapenaren arabera, establezimendu horietan "lokaleko toki pribatuetara barrutik bakarrik sartu ahal izango da, eta osasunari buruzko berariazko araudian ezarritako higiene- eta osasungarritasun-baldintzak bete beharko dira" (1. paragrafoa). 2. paragrafoak preserbatiboak eta "sexu-transmisiozko gaixotasunak prebenitzeko neurri profilaktikoak" erabiltzeari buruzko xedapenak jasotzen ditu. Azkenik, 3. paragrafoak berariaz dio: "prostituziorako establezimenduek, gainera, prostituzioan diharduten pertsonentzako aldagela bat izan beharko dute —arropaz aldatzeko eta atseden hartzeko— eta gune hori ezin izango da erabili bizitoki gisa edo pertsona horiek gaua igarotzeko".

Batzordearen iritziz, 23. artikuluaren 3. paragrafo horretatik ondorioztatzen da katalogoan "Sexu-jardueretarako establezimenduak" gisa jasota dauden lokaletan egiten diren sexu-jardueren multzoan prostituzioa ere sartuta dagoela, edo bestela, badagoela establezimendu kategoria bat (I. eranskineko katalogoak aipatzen ez duena), hain zuzen, "prostituziorako establezimenduak" (23.3 artikuluak adierazitako moduan).

Establezimendu horietan prostituzio-jarduera egin daitekeela adierazteak, edo (bigarren interpretazioaren arabera) **prostituziorako establezimenduei lotutako kontu batzuk irizpenaren xede den araudian arautzeak iruzkin ugari eragiten du.**

Lehenik eta behin, Batzordeak ikusten duenez, proiektuak aldaketa egiten dio jendaurreko ikuskizunen, jolas-jardueren eta establezimendu publikoen katalogoari (JIJJLk eranskin gisa onetsi baitu), eta funtsezko aldaketa bat da, lege horretan aurrekaririk ez duena.

Katalogo biak konparatuta, egiazta daiteke **ezabatu egin direla** JIJJLren eranskineko B)12 apartatuan **"Klub bereziak edo alterne-klubak" moduan jasotako aisialdiko jarduerak egiten dituzten establezimenduak, eta horien ordez, "sexu-jardueretarako establezimenduak" jarri direla; adierazitakoarekin bat, jarduera horietako bat prostituzioa izan daiteke**.

Horri dagokionez, interesgarria da aipatzea **alterne-jarduera eta prostituzioa izaera juridiko eta laboral desberdinetakoak** direla lan arloko jurisprudentziaren arabera; horren adierazgarri da Auzitegi Gorenaren epaia —AGE—, Lan Arloko Salarena, 2016ko abenduaren 21ekoa (RJ\2016\6323), bide batez, jarduera bien arteko ezaugarri bereizgarriak definitzen dituena. Era berean, adierazgarria da —prostituzioaren lan arloko ikuspegiagatik— Auzitegi Nazionalak orain dela gutxi emandako 174/2018 epaia, Lan Arloko Salarena, azaroaren 19koa (JUR\2018\313878).

Kategoria horri dagokionez katalogoan egindako aldaketaren garrantzia ikusita, **deigarria gertatu zaio Batzordeari organo sustatzaileak ez duela erabaki hori behar bezala justifikatu prozeduran zehar; era berean, prozedura izapidetzeko orduan, ez zaio arreta berezirik eman** prostituzioa proiektuaren esparruarekin bat etortzeko moduari (ikuskizun publikoak eta aisialdiko jarduerak).

Prozeduran zehar gaiaren inguruan hausnartu ez izana bereziki deigarria da prostituzioaren inguruabarrak kontuan hartzen badira; izan ere, prostituzioak eztabaida handia sortzen du gizarte eta zuzenbide mailan, jarduera egiteari, balizko arauketari eta, hala badagokio, arauketa horri heltzeko moduari dagokionez (adibidez, Emakundek agerian jartzen du gaia bere txostenetan: 2002ko "Emakumeek gauzaturiko prostituzioa EAEn" eta "Emakumeen prostituzioa Euskal Autonomia Erkidegoan", 2007ko abendukoa).

Gainera, aipatu behar da ezen, abuztuaren 31ko 112/2010 Dekretuaren bidez onetsitako ikuskizun publikoen eta aisialdiko jardueren Kataluniako Erregelamendua indargabetuta dagoenez, ez dagoela prostituzioa aztertzen dugun esparruan aipatzen duen autonomia-erkidego mailako erregulaziorik.

Proiektuaren 23. artikuluko 3. paragraforako proposatutako idazketak, "prostituziorako establezimenduei" dagokienez, jarduera ikuskizun publiko eta aisialdiko jardueren arloan espresuki jasotzea dakar (kontuan hartuta ez dagoela beste esparruetan araututa, osasungarritasun eta auzo-bizikidetzaren alde batzuek arautzen dituzten udal ordenantza batzuetan izan ezik).

Kontuan hartu behar da **Parlamentuan onartu zela establezimendu, ikuskizun eta aisialdiko jarduerak sailkatzen zituen katalogo bat —JIJJLren barruan—.**

Sailkapen horren aldaketa —aipatu kategoria berria gehitzea— JIJJLren 3.1 artikuluak Eusko Jaurlaritzari esleitzen dion ahalmenaren babespean egin da; izan ere, horrekin bat, Eusko Jaurlaritzak aipatu katalogoa dekretu bidez "aldatzeko" eta "garatzeko" ahalmena du. Hala ere, Batzordearen iritziz, gaikuntza horrek ezin du ondorioz ekarri katalogoan JIJJLk berak babesten ez dituen edo bere aplikazio-eremutik kanpo dauden kategoriak sartzea.

Hitz batez, gure iritziz, proiektuak ez du JIJJLren alderdi hori osatzen, argitzen edo zehazten, baizik eta legean aurreikusita ez dagoen erregulazio-esparru bat gehitzen du. Hortik ondorioztatzen dugu, **prostituzioa JIJJLren esparruan aisialdiko jarduera gisa sartu nahi izanez gero, ezin dela aipatu legea betearazteko erregelamendu baten bidez egin, legeak eduki hori babesten ez badu eta inguruabarrek, gure iritziz, Legebiltzarraren esanbidezko erabakia eskatzen badute.**

189/2018 ABJI, par.: 81.etik 99.era

V. Adingabe atzerritarrak

Hala ere, Batzordeak beharrezkotzat jotzen du proiektuaren 4. artikulua (II. kapituluan) tratatzeko moduari buruzko ohar bat egitea: hain zuzen, **aldi batez lekualdatzeko programei buruz**, proiektuak jarraian azaltzen diren kapituluetan aurreikusten dituen baldintzak eta prozedura bete beharko dituzte eta.

Gai horren inguruan egin dugun azterketan, kontuan hartu dugu atzerritar adingabeak aldi batez lekualdatzeko programetan (erreferentzia gisa hartzen dugun Erregelamenduaren 187. eta 188. artikuluetan araututa daude) honako helburu hauek dituzten programak bereizten direla: tratamendu medikoa edo oporrak pasatzea (187. artikulua) eta eskolatzea (188. artikulua).

Atzerritar adingabeak tratamendu medikoa jasotzeko edo oporrak pasatzeko aldi batez lekualdatzeari dagokionez (187. artikulua), "administrazio publikoek, irabazteko asmorik gabeko elkarteek eta fundazioek edo guraso-ahala edo tutoretza duten bestelako erakundeek sustatutako eta finantzatutako izaera humanitarioko programen" barruan egin behar da.

Adingabe horiek eskolatze helburuarekin aldi baterako lekualdatzeari dagokionez, Erregelamenduaren 188.2 artikuluarekin bat (38. artikuluak adingabeak ikasketak egiteko lekualdatzen diren kasuetarako ezartzen duen araubidetik bereizten da), "administrazio publikoek,

irabazteko asmorik gabeko elkarteek eta fundazioek edo guraso-ahala edo tutoretza duten bestelako erakundeek edo pertsonek sustatutako eta finantzatutako izaera humanitarioko programei" lotuta egon behar du. Kasu honetan bideratu behar den prozeduraren ondorioetarako, 187. artikuluan jasotako lekualdatze kasuei honako betekizun hau gehitzen zaie: adingabea Espainiako ikastetxe ofizial batean onartua izan dela egiaztatu behar da.

Hala ere, ikusten dugunez, proiektuaren 4. artikuluan proposatutako idazketarekin bat, mugatuta daude aldi baterako lekualdatzeko aukerak, aipatu Erregelamenduaren 187. eta 188. artikuluetan ez bezala. Izan ere, 1. paragrafoak baldintza orokor gisa ezartzen du **lekualdatze programek izaera humanitariokoak izan behar dutela; gainera (Erregelamenduan ez bezala), baldintza hori zehaztu egiten du, eta hiru kasu bakarrik** aipatzen ditu espresuki a), b) eta c) apartatuetan, hain zuzen: **adingabe atzerritarrak gerra-gatazkak, katastrofe naturalak edo gizakiak eragindako hondamendiak pairatzen dituzten herrialdeetatik edo eskualdeetatik etortzea; edo errefuxiatuen esparruetatik etortzea.**

Hitz batez, gerta daiteke **dekretu-proiektuaren aplikazio-eremutik kanpo geratzea (eta, beraz, Erregelamenduan xedatutakoa alde batera geratuko da) beste kasu batzuk, egoera eta ezaugarriak kontuan hartuta izaera humanitarioa dutenak, baina formalki halakotzat jotzen ez direnak adingabea 4.1 artikuluan aipatutako egoera batean ez dagoelako. Horren ondorioz, gure ustez organo sustatzailearen nahia ez bada ere, kasu horietan ez litzateke beharrezkoa proiektuan (Erregelamendua garatzeari begira) aurreikusitako prozedura betetzea, ezta foru-aldundiek igorri behar duten txostena jasotzea ere.**

Kontuan har ditzagun, adibidez, administrazio publikoek, irabazteko asmorik gabeko elkarteek eta fundazioek, edo euskal gizartearen jarrera solidarioan eta lankidetzan oinarritutako erakundeek antolatzen dituzten programak, proiektuaren 4.1 artikuluan jasotako egoeretako batean egon gabe, egoera sozial edo mediko berezi batean dauden edo garapen integrala eta ongizatea larriki eragozten dituen gizarte- eta familia-ingurunean bizi diren adingabe atzerritarrei oporrak pasatzeko, tratamendu medikoa jasotzeko edo eskolatzeko asmoz autonomia-erkidegoan geratzeko aukera ematea helburu dutenak.

Adierazitakoa ikusita, **Batzordeak bidezkotzat jotzen du proiektuaren 4. artikuluaren edukia Erregelamenduaren 187. eta 188. artikuluetan azaldutako esparrura egokitzea.**

168/2018 ABJI, par.: 61.etik 68.era

VI. Lanbide titulatuak eta lanbide arautuak

Lehen azaldu dugun moduan, **Konstituzio Auzitegiaren epaiek Lurzoruaren eta Hiri Birgaitzeari buruzko Legearen testu bateginaren 30. artikulua Konstituzioaren kontrakoa dela adierazi zuten**; testu bategina urriaren 30eko 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartu zen, eta aipatu artikuluak eraikinen ebaluazio txostena sinatzeko gaikuntza

arautzen zuen. **Ondorioz, ez zegoen estatu mailan profesionalek eraikinen ikuskapen teknikoa egin ahal izateko bete behar dituzten baldintzak ezartzen zituen legedirik.**

Gauzak horrela, dekretu-proiektuak 241/2012 Dekretuko arauketari eusten dio, honako hau ezartzen baitu: "1.- Eraikinen ikuskapen teknikoa egiteko, beharrezkoa izango da gaitzen duen titulazio profesional egokia izatea, Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko urriaren 5eko 38/1999 Legearen arabera, eta zeregin hori betetzen dutenek zuzenean jardungo dute profesional moduan, edo eraikuntzaren kalitatea kontrolatzeko erakunde bateko ikuskaritza-teknikari fakultatibo moduan; erakunde horiek martxoaren 31ko 410/2010 Errege Dekretuak arautzen ditu, zeinen bidez eraikuntzaren kalitatea kontrolatzeko erakundeei eta eraikuntzaren kalitatearen kontrolerako entseguak egiten dituzten laborategiei eska dakizkiekeen baldintzak garatzen baitira...; 3.- Aurrekoa eragotzi gabe, eraikinaren energia-eraginkortasunaren ziurtagiria teknikari eskudunek emango dute, aplikatu beharreko araudiaren arabera".

Begi-bistakoa da eztabaida handia dagoela halako jardueretan jarduera-erreserbaren inguruan; era berean, justifikazioaren ondorioetarako, gerta daiteke kontraesanean egotea honako hauetan araututakoarekin: MBBLren 5. artikuluan; Sektore Publikoaren Araubide Juridikoari buruzko urriaren 1eko 40/2015 Legearen 4. artikuluan; eta zerbitzu-jardueratan askatasunez sartzeari eta aritzeari buruzko azaroaren 23ko 17/2009 Legearen 3.11 artikuluan. Horiei jarraikiz, **jarduera-erreserbak ezartzea interes orokorreko ezinbesteko arrazoiekin justifikatu behar da, proportzionala, lortu nahi diren helburuei egokitua eta ez diskriminatzailea izateaz gain.**

Ugaria izan da gaiari buruzko jurisprudentzia. Oro har, Auzitegi Gorenak behin baino gehiagotan ukatu du eraikuntza arlo orokorrean kolektibo profesional batek edo besteak monopolioa duenik, proiektu edo jarduketa beraren izaerak espezialitate tekniko zehatz bat esleitzea eskatzen ez badu. Hala adierazi du, besteak beste, **2012ko urtarrilaren 19ko epaian (AGE)**, hain zuzen:

> ...proiektu tekniko baten izaerak teknikari jakin baten —eta ez beste inoren— esku-hartzea eskatzen duenean, konkurrentzia ez da zalantzan jartzen; baina, azaldutako kasuan bezala kiroldegi bat denean, jurisprudentzia-irizpide nagusia, diziplina anitzeko izaera kontuan hartuta, esku hartzen duen teknikariaren egokitasuna izango da printzipio nagusia, eta ez esklusibotasuna, azken horrek Salak onartzen ez duen monopolio profesionala dakarrelako.
>
> Bestalde, Auzitegi Gorenak behin eta berriz emandako jurisprudentziak ezarritako printzipioa gogorarazten du: askatasuna eta egokitasuna, titulu jakin batzuen esklusibotasunaren aldean, esklusibotasun hori lanbide-titulu jakin batentzat lege baten bidez gorde ez bada.
>
> Askoz ere sinpletasun handiagoz, aipamen hutsa baino ez denez, Ordenantzak mugatu egiten du partikularraren gainean duen aginpidea; izan ere, "eraikitze-obretan esku hartzeko baimena duten lanbideak" gaitzen ditu Ikuskaritza Teknikorako, "erabilera-ezaugarriak eta tipologia aintzat hartuta", Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko Legearekin bat.

Datu hori oinarri hartuta, errekurritutako epaian erabilitako argudioaren arrazionaltasuna, eraikuntza-obretan esku hartzeko gaitasunaren eta kontserbazio-egoera kalifikatzeko gaitasunaren arteko erlazioa agerikoa denez, aurkatutako Ordenantzaren araua justifikatzeko modua izango litzateke; hortaz, zuzenbidearen aldetik logikoa da beharrezko lege maila duen arau bakar batek, eraikitzearen eta kontserbatzearen arteko diferentzia teknikoaren arrazoiei beligerantzia ematen dienak, eragileek uziari eusteko argudio gisa erabilitakoak, errekurritutako epaia atzera botatzea eragin dezakeela.

Eta halako araurik, gure iritziz, ez dago.

Errekurtsogileek lehenago esandakoak aipatzen dituzte, eta horiek hautsi direla uste dute. Arau horietan, industria-ingeniariak "...mota guztietako material, elementu eta instalazioak egiaztatzeko" gaitzen dira, eta ahalmena ematen zaie "...eraikuntza hidraulikoak eta zibilak proiektatu, egikaritu eta zuzentzeko" (1935eko irailaren 18ko Dekretua). Bestalde, ingeniari teknikoei, "neurketak, kalkuluak, balorazioak, tasazioak, peritazioak, azterlanak, txostenak, lan-planoak eta antzekoak egiteko" gaitasuna ematez zaie, baita "ondasun higigarriak edo higiezinak eraikitze, berritze, konpontze, kontserbatze, eraiste, fabrikatze, instalatze, muntatze edo ustiatzea xede duten proiektuak idatzi eta sinatzeko... baldin eta daukaten izaera eta ezaugarriengatik titulazio bakoitzari dagokion teknikan sartzen badira" (12/1986 Legea, Arkitekto teknikoen eta industria-ingeniari teknikoen eskudantzia profesionalak arautzen dituena).

Alabaina, ingeniariei esleitutako eskudantzia horiek honako baldintza hau bete behar dute: "titulazio bakoitzari dagokion teknikakoak izatea, haien izaera eta ezaugarriak kontuan hartuta" (12/1986 Legea), edo bestela, "kimika-industria, industria mekaniko, elektriko eta industria-ekonomiako teknika-adarretan sartzen diren instalazioak edo ustiapenak" izatea (1935eko Dekretua). Hau da, gaitasun profesionalak esleitzen dituzten arauek berek zehazten dituzte arau horiek, titulazio bakoitzari dagozkion jakintzen arabera. Oharra egin behar da eskatzaileek, beren jarrera berresteko, irizpen eta txostenak emateko gaitasuna aipatzen dutela, baita "proiektuak egiteko" gaitasuna ere, ikuskaritza teknikoko ingeniariek esku hartzeko duten ahalmena justifikatzeko. Arrazoibide horrek, hitz batez, Ordenantzaren jarrera bermatzen du, eraikuntzako esku-hartzea eta ikuskaritza teknikoan esku hartzeko gaitasuna lotzen dituelako, Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko Legeak arlo horretan esku hartzeko gaitasuna "dagokion" titulazioarekin lotzen duela kontuan hartuta.

Hortaz, gure iritziz, Ordenantzak ez ditu ingeniarien gaitasun propioak mugatzen, eta ez dago kontraesanean proiektuak eta txostenak egiteko gaitasun orokor eta espezifikoekin, berariazko erregulazioek esleitzen dizkienekin; Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko Legearen efikazia logikoa onartu besterik ez du egiten, arkitektoen eta ingeniarien jarduera-esparruak –ikuskaritza teknikoan– zehazteko orduan. Izan ere, ukaezina da kolektibo horien lotura estua eraikitzearekin, eraikinen egoeraren azterketa eta txostena egitea dakarren neurrian.

Lehenengo arrazoia gaitzesteak bigarrena gaitzestea dakar; horretan, Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko 38/1999 Legearen 2. artikulua eta hurrengoak haustea salatzen

da, legearen arabera, bere aplikazio-eremua “eraikitze prozesua, hau da, izaera iraunkorra duen eraikin bat eraikitzea eta horren emaitza...” (2. artikulua) dela esanez; hortaz, proiektua eta obraren zuzendaritza soilik hartzen ditu barnean, ez ikuskaritza. Azken horrek ez du eraikinean eragiten; konpontzeko edo birgaitzeko lanak gomendatzen ditu, baina ez ditu lan horiek egikaritzen.

Alderdiak dioena funtsean zuzena bada ere, horrek ez du baliogabetzen lehenago azaldu dugun argudiaketan aipatu duguna: eraikinaren edo horren zati diren elementu batzuen proiektua egiteko eta eraikuntza zuzentzeko beharrezkoak diren ezagutzen eta kontserbazio-egoerari buruzko txostena egiteko behar diren jakintzen arteko lotura ─agerikoa eta estua─ izatea; horrek justifikatu egiten du ─berriz esango dugu─ zalantzan jarritako arauaren arrazoizkotasun juridikoa.

Era berean, adierazgarriak dira honako hauek: 2015eko azaroaren 25eko AGE (errekurtso-zk.: 578/2014) eta 2014ko abenduaren 9ko AGE (errekurtso-zk.: 4549/2012). Nolanahi ere, bereziki argigarria da **Gaztela eta Leongo Justizia Auzitegi Nagusiaren 2014ko ekainaren 30eko epaia** (errekurtso-zk.: 24/2014), honako hau adierazi duena:

Errekurtsoan aipatutako egintza zehatzea oso garrantzitsua da kasu honetan, egin behar dena ez baita argitzea bide, ubide eta portuetako ingeniariek eraikinen ikuskapen teknikoak egiteko gaitasun teknikoa duten ala ez, baizik eta jakin nahi da etxebizitzetarako eraikin jakin bat ikuskatzeko ahalmena duten. Ondorioz, aipatzen duen jurisprudentzia-doktrina oinarri hartuta (Auzitegi Gorenaren 2012ko urtarrilaren 19ko epaia eta bertan aipatutako jurisprudentzia), Elkargo apelatzaileak apelazio-errekurtsoaren lehenengo arrazoian aipatu duen printzipioa ─askatasuna eta egokitasuna─ ez da ezezaguna izan errekurritutako epaia emateko orduan; izan ere, printzipio hori aplikatu zaio kasu zehatz bati, hain zuzen, aipatu dugun horri.

Ez da eztabaidatzen ingeniariek oro har duten gaitasuna, dagoeneko eraiki den etxebizitza-eraikin bati lotutako gaitasuna baizik; gainera, esan behar da, prestakuntza hori alde batera utzita, legeak zehazten duela zer teknikarik duen hizpide dugun eraikin bat ikuskatzeko gaitasuna, jarraian azalduko dugun moduan. “Teknikari eskuduna” adierazpena ikuskatu behar den eraikinaren motarekin lotu behar da; hori dela eta, errekurritutako epaiak Eraikuntzaren Antolamenduari buruzko Legera jotzen du, bertan ezartzen baita nork duen eskumena eraikin motaren arabera. Horregatik, errekurritutako epaiak ondorioztatzen du “teknikari eskudunak eraikuntza-obretan esku hartzeko baimena duten profesionalak izan daitezkeela, eraikinen erabilera- eta tipologia-ezaugarriak aintzat hartuta”. Gainera, eraikinak 38/1999 Legearen 2. artikuluko 1a) apartatuan jasotako erabilera bat duenean (administrazio-, osasun-, erlijio- eta egoitza-erabilera ─mota guztietan─, eta irakaskuntza- eta kultura-erabilera), arkitektoa da teknikari eskuduna. Era berean, kasu honetan aplikatzen ez bada ere, birgaitzeari eta hiri-berroneratze eta -berrikuntzari buruzko ekainaren 26ko 8/2013 Legearen 6. artikuluak, Eraikinen Ebaluazioaz ari denean, espresuki aipatzen du azaroaren 5eko 38/1999 Legea. Egia esan, ebaluazio horrek ikuskapen teknikoaren txostenari dagokiona baino eduki zabalagoa du, baina egia ere bada azken hori ebaluazio horretarako erabil daitekeela, 4.2 artikuluan (azken koma-artea) adierazitako moduan. Arrazoibide hori, hau da, teknikari eskuduna ikus-

katu behar den eraikinaren mota eta erabileraren arabera hautatzea berretsi egin da Hirigintza Araudiaren 317.1 artikulua aldatzean; izan ere, lehenago aipatutako 10/2013 Dekretuaren bidez erreforma egin ondoren, honako hau dio artikuluak: "1. Eraikinen ikuskapen teknikoa eraikuntza mota guztietako obrak proiektatu edo zuzentzeko edo horrelako obrak gauzatzeko ahalmena duten teknikariek egin behar dute". Gure iritziz, etxebizitza-eraikin baten ikuskapen teknikoari dagokionez, aplikatu beharreko araudiaren edukia betez, bertan aipatzen den teknikari eskuduna arkitektoa da, kasu horretan "obraren izaerak" teknikari horren esku-hartzea eskatzen duelako. Ondorioz, gaitzetsi behar dugu apelazio-errekurtsoa.

Hori guztia dela eta, **proiektuak etxegintzaren antolamenduari buruzko araudia aipatzea —eraikinen ikuskapen teknikoa egiteko gaitasuna duen teknikaria zehazteko— egokia da, ez baitu mugatzen esku hartzeko ahalmena, ikuskapenak egiteko prestakuntza egokia aipatzen du baizik, egin behar diren esku-hartzeen ondoriozko gaitasun teknikoa (titulazio bakoitzak ematen duena) aintzat hartuta.**

109/2018 ABJI, par.: 103.etik 108.era

VII. Osasuna

Zentro pribatuek laguntza-sare publikoarekin duten lotura OLOren 66. eta 67. artikuluetan dago arututa; artikulu horiek ez dira oinarrizko legegintzatzat jotzen.

Bestalde, osasun zerbitzuak hornitzeko erakunde pribatuekiko harreman juridikoak **EASL**ren 30. artikuluak arautzen ditu. Artikulu horri jarraikiz, osasun-alorrean eskumena duen sailak zerbitzu sanitarioz hornitzeko edozein entitate pribaturekin ezartzen dituen harremanak, homologatu ondoren, gai horri buruz oinarrizko legeria orokorrean eta lege honetan xedatutakoaren arabera bideratuko dira.

Geroago, artikulu bereko 2. eta 3. paragrafoetan **osasun-itunak bakarrik aipatzen dira; ez da espresuki aipatzen osasun-zentro pribatuekin egon daitekeen harremanik**. Ondorioz, araudia taxutzeko prozesuan, **zalantzan jarri da —autonomia-erkidegoko araudia betez— erregelamendu mailako arau batek estatu mailako legedian bakarrik agertzen den figura bat arautzeko aukera**, aipatu dugunez, **modu orokorrean ez bada ere**.

Aukera horren alde, sail sustatzaileak EASLren 66. eta 67. artikuluen izaera osagarria hartu du abiapuntu proiektuaren azalpen-txostenean, OLOren 30. artikuluan ezarritakoaren irekitasun-irakurketa egiteaz gain, eta oraingo proiektuaren aurrekaria aipatu du: 82/1989 Dekretua, apirilaren 4koa, pribatuak diren eta irabazte-xederik gabeko Osasun-Zentroek sina ditzaten atxikimendu-itunek bete beharrekoak arautzen dituena. Sailaren arabera, dekretua indarrean eta aktibo mantendu egin zen —une honetan, lotutako zentrorik dagoeneko ez badago ere— EASL indarrean jarri eta gero, lege horren xedapen indargabetzailearen 2. paragrafoan aipa-

tutako zenbait dekretu indarrean jarraitzean ezartzen duen adierazpen-zerrendan jasota ez badago ere.

Gauzak horrela, oro har, Batzordearen iritziz, ordenamendu barruko ikuspegitik, autonomia-erkidegoko arau juridikoak egitean arau-hierarkiaren printzipioa errespetatu behar da, autonomia-erkidegoaren ordenamendu propioaren esparruan. Hori dela eta, **EASL erakunde pribatuekiko harreman juridikoak ─osasun zerbitzuak hornitzeko─ autonomia-erkidegoaren esparruan arautzen dituen lege nagusia denez, argi eta garbi zehaztu beharko lituzke arlo horretako aukerak eta, komenigarritzat edo beharrezkotzat hartuz gero, loturaren figura sartu beharko luke.** Izan ere, aukera hori hautatu dute, oro har, autonomia-erkidego gehienek; izan ere, Osasunaren Lege Orokorrari buruzko aipamenaren bidez bada ere, irabazteko asmorik gabeko zentro pribatuak osasun-zentroen sare publikoarekin lotzeko aukera xedatu dute, lege mailarekin.

Alabaina, proiektuaren testuingurua den lege esparruak beharrezko argitasunik ez duela aitortuta ere, figura horri euskal osasun-sistematik kanpo geratu behar dela ondorioztatzea, Batzorde honen iritziz, gehiegizkoa da.

Lehenik, **saihestu behar da legearen erreserba** ─EKren 43.2 artikuluari dagokionez─ **osasun zerbitzuak kudeatzeko moduak zehaztera iristea; halaber, gogorarazi behar da prestazio izaerako eskumena dela, hau da, legeak kasu horretan ez duela kudeaketa zuzenaren beharra ezartzen, ez baita agintaritza erabiltzeko kasua**. **Horri guztiari esker, osasun-administrazioak askatasun handia du autoantolaketarako, baldin eta eusten badio eta arriskuan jartzen ez bada erakundearen ezagungarritasuna** ─hemen Gizarte Segurantzaren erregimen publikoa zentzu zabalean─ Konstituzio Auzitegiaren 84/2015 Epaiak, apirilaren 30ekoak argitzen duen moduan.

Bigarrenik, **EASLren 30. artikuluaren 1. paragrafoan ezarritakoak ere irekitasunaren aldeko irakurketarako aukera ematen du; interpretazio horrek barnean hartuko lituzke atxikimendu-hitzarmenak, osasun-administrazioaren eta erakunde pribatuen arteko harreman eredu gisa, osasun zerbitzuak emateko**, baldin eta azken horiekiko harreman juridikoak, kasu honetan bezala, aldez aurretik homologatzen badira.

Bigarren argudio horren alde aipa daiteke, gainera, Osasun Sistema Nazionala kudeatzeko modu berriak bideratzeari buruzko **apirilaren 25eko 15/1997 Legeak, Osasun Sistema Nazionalaren esparru osorako, honako hau ezarri zuela: zerbitzu publikoaren izaera une oro bermatuta eta mantenduta, osasun-zentroen, zerbitzu sanitarioen eta osasuna babesteko edo osasun-arreta eta arreta soziosanitarioa emateko establezimenduen kudeaketa eta administrazioa, zuzenean edo zeharka**, izaera edo titulartasun publikoko erakunde baten bidez egin daiteke, baldin eta erakundea zuzenbidean onartuta badago (1. apartatua). Era berean ezarri zuen zerbitzu sanitario eta soziosanitarioak ematean eta kudeatzean zerbitzu horien publikotasuna bermatu eta mantendu beharko zela, eta horretarako, baliabide propioak erabiltzeaz gain, akordio, hitzarmen eta kontratuak sinatuko zirela pertsonekin eta erakunde publiko zein pribatuekin, OLOan ezarritako moduan (2. apartatua).

Hala, estatu mailako lege horrek, legeek ezarritako esparruan, Gobernuari eta autonomia-erkidegoetako gobernu-organoei esleitzen die zentro eta zerbitzuak kudeatzeko sortuko diren erakundeen forma juridikoak, zuzendaritza- eta kontrol-organoak, bermeen erregimena, finantzabidea eta langileen inguruko berezitasunak zehazteko ardura.

Hirugarrenik, **irabazteko asmorik gabeko zentro pribatuak 82/1989 Dekretuaren bidez euskal osasun-sare publikoarekin lotzeari dagokionez, figura horri eusteko asmoa, dirudienez, EASL 1997an onartzetik haratago doa** —aipatu dekretua adierazpen-zerrendan sartu ez zen arren—; izan ere, indarrean egotea baieztatzeko, legearen xedapen indargabetzailean sartu zen. Dekretua, garai batean, indargabetutako 10/1983 Legearen 23. artikuluan oinarritu zen (10/1983 Legea, maiatzaren 19koa, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuari buruzkoa). Gaur egun, autonomia-erkidegoko araudiarekin duen lotura dagoeneko aipatu dugun EASLren 30.1 artikuluan aurki daiteke.

Hori guztia dela eta, Batzorde honek babestu egiten du proiektuaren bideragarritasun juridikoa, gure autonomia-erkidegoari aplikatzen zaion lege-esparruan.

> Titulartasun pribatuko osasun-zentroak osasun-sistema publikoarekin lotzea formalizatzeko hitzarmenak, eta horien izaera kontratazio publikoaren ikuspegitik:

Proiektuak topatutako lehenengo oztopoa gaindituta, xedea kontratazio publikoaren ikuspegitik aztertzea da proiektuaren bideragarritasunari eragiten dion bigarren kontu orokorra.

Proiektuaren xedea, azaldu dugun moduan, titulartasun pribatuko eta irabazteko asmorik gabeko osasun-zentroekiko atxikimendu-hitzarmenak sinatzeko baldintzak eta prozedura arautzea da.

Alabaina, hitzarmen horien alde bien inguruan —sinatzeko baldintzak eta prozedura— proposatutako erregulazioa aztertzeko, komenigarria dirudi aldez aurretik hitzarmen horien izaera aztertzea; hain zuzen ere, alderdi hori definitzeak baldintzatuko du hitzarmenen araubide juridikoa.

Proiektuaren azalpen-zatian azaldu denez, **lotzearen helburua laguntza-zerbitzuak ematen dituzten zentro pribatu batzuk laguntza-sare publikoan integratzea da; horrela, integratutako zentro horietan titulartasun publikoko zentroetan aplikatzen denaren antzeko araubidea aplikatuko da, antolamendu eta funtzionamenduari dagokionez.** Lotutako zentroak titulartasun publikoko zentroetan aplikatzen denaren antzeko araubidearen menpe geratzen dira, finantza-kontrolari, kudeaketari, onarpen-sistemari, eskubideen bermeari eta laguntza-jarduerei dagokienez. **Integrazioak, hitz batez, erakunde independenteen artean egitura erkide bat sortzea eta mantentzea dakar, proiektu komun batean elkarrekin lan egiteko interdependentzia koordinatzea helburu hartuta**.

Era berean, **osasun-itunekin konparatuta (zentzu hertsian), loturaren bidez lortu nahi dena ez da zerbitzu sanitario jakin batzuk kontratatzea, definizioari edo kantitateari dagokionez, sare publikoari lotutako zentroak integratzea baizik**.

Modu laburtuan, **osasun-administrazioak hartzen du kontrola bere gain, baita, neurri handi batean, osasun-zentro baten jardueraren arriskua ere, horren titulartasunak pribatua izaten jarraitzen duen bitartean**; azken finean, jarduera ekonomikoa da, interes orokorrekoa izan arren. Azpimarratu behar da, **hala ere, Administrazioa ez dela subrogatzen zentroa lotzen den unean bertan zerbitzuak ematen dituzten langileen lan-harremanetan.**

Figura juridiko gisa, atxikitzea eta lotura formalizatzeko hitzarmena OLOren 66. eta 67. artikuluetan jasota daude; lehen esan dugunez, artikulu horiek ez dira oinarrizko legegintzatzat jotzen.

OLOren 66. artikuluak honako baldintza hauek ezartzen ditu zentroa atxikitzeko: I) aldez aurretik protokolo bat definitzea; II) laguntza-beharrizanek justifikatzea; eta III) sektore publikoaren baliabide ekonomikoak nahikoak izatea.

OLOren 67. artikuluak ezartzen duenez, aurreko artikuluak aipatzen dituen ospitaleak sare publikora atxikitzeko, hitzarmen bereziak egingo dira.

Hitzarmen horiek, legea garatzeko emandako xedapenei jarraikiz, elkarrekiko eskubideak eta betebeharrak ezarriko dituzte honako hauek zehaztuta: hitzarmenaren iraupena, luzapena, aldi baterako eteteko modua eta behin betiko azkentzeko modua, baita ospitaleko oheen kopurua eta osasun-laguntza emateko gainerako baldintzak ere. Halaber, ezartzen du hitzarmena sinatu duten ospitaleetako lanaldi-araubidea antzeko izaerako ospitale publikoetan dagoena izango dela dagokion lurralde-eremuan (2. apartatua).

Hitzarmen bakoitzean ziurtatuko da ospitale pribatuek osasun-sistemako erabiltzaileei ematen dieten osasun-laguntza doakoa izango dela; hortaz, ospitale horren osasun-jarduerek ezingo dute irabazi-asmorik izan (3. apartatua).

Ezarri ahalko da gaixoei arreta ez-sanitarioengatik, izaera gorabehera, edozein zenbateko kobratzea, betiere aldez aurretik dagokion osasun-administrazioak kobratu beharrekoaren kontzeptua eta zenbatekoa onartzen badu (4. apartatua).

Halaber, osasun-administrazio eskudunak hitzarmena salatzeko erabil ditzakeen arrazoiak ezartzen dira (5. apartatua); eta bukatzeko, atxikitako ospitale pribatuetan ospitale publikoetan egiten diren ikuskapen eta kontrol sanitario, administratibo eta ekonomiko berdinak egingo dira, irizpide homogeneoak eta aldez aurretik arautuak aplikatuz (6. apartatua).

Eskema osoan, **kontu handiena eskatzen duen gaia hitzarmen horien izaera zehaztea da** eta, zehatzago, **osasun-itunak bezala kontratu-hitzarmenak diren erabakitzea.**

Hala ere, hasteko, onartu behar dugu gai horrek ikuspegi desberdinak dituela doktrina-, jurisprudentzia- zein araugintza-esparruan; ez da batere gai baketsua. Kontratu-izaeraren alde doktrinaren zati bat dago, baita jurisprudentzia batzuk ere, hala nola Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien Salaren 2012ko azaroaren 6ko epaia (3002/2010 Kasazio Errekurtsoa) edo azaroaren 8ko 262/2017 Epaia, Gaztela-Mantxako Auzitegi Goreneko

Administrazioarekiko Auzien Salarena; hala ere, kasu bietan, epaian aztertutakoa errekurtsoaren onargarritasuna izan da, hortaz, hitzarmen horien izaera azaletik baino ez da aztertu.

Bestaldetik, **aldez aurretik protokolo bat izateko betebeharrak eta ezaugarri tekniko homologagarriek ahalbidetzen dute hitzarmena arauetan aurrez definitutako harreman juridiko bat sortzeko zuzendutako administrazio-prozedura baten ohiko amaiera gisa ezartzea**. Memorian eta proiektuaren azalpen-zatian defendatzen den bigarren tesi horrekin bat dator, dirudienez, gaia argitu nahi duen jurisdikzio-erabakian, 839/2013 Epaia, abenduaren 13koa, Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko auzien Salarena, argi eta garbi honako hau ezartzen duena:

> (…) Errekurtsoaren funtsari dagokionez, errekurtsogileek premisa okerra hartu dute abiapuntutzat 2006ko abenduaren 28ko Itunaren erabateko deuseztasuna eskatzeko, aurkaratutako Atxikimendu Itun Berezia ez baita zerbitzu publikoak HAKLn arututako itun azpimota baten bidez kudeatzeko administrazio-kontratu bat (LBK 2000, 1380 eta 2126), "atxikimendu-hitzarmenetako" bat baizik. Hitzarmen horiek Osasunari buruzko apirilaren 25eko 14/1986 Lege Orokorraren 66. eta 67. artikuluetan (LBK 1986, 1316) eta Madrilgo Autonomia Erkidegoko Antolamendu Sanitarioari buruzko abenduaren 21eko 12/2001 Legearen 68. eta 69. artikuluetan arututa daude [LCM (Madrilgo Erkidegoko Legedia) 2001, 596 eta LCM 2002, 185]. Hori dela eta, ez zaio aplikatzen kontratazio publikoari buruzko araudia, ezta OLOren 90. artikulua ere (itunei buruzkoa) ─figura juridiko desberdinak─; errekurtsogilearen arabera, bi horiek hautsi dira.
>
> (…)
>
> Kasu honetan, atxikimendu-hitzarmen bereziaren eta atxikimendu administratiboaren beste forma batzuen arteko desberdintasuna [OLOren 90. artikuluan arututako itunak (LBK 1986, 1316) eta zerbitzu publikoen kudeaketa ez-zuzena, HAKLren 156. artikulua (LBK 2000, 1380)] hauxe da: atxikimendu-hitzarmen berezian, ospitale pribatua, zehaztutako protokolo bat betez, Osasun Sistema Nazionalera atxikitzen da, eta zentro publikoei dagokienaren funtsean berdina den araubidearen menpe geratzen da; itunean, aldiz, ospitale pribatuak zerbitzu batzuk bakarrik ematen ditu, sektore publikoak eskatzen dizkionak. Izan ere, Osasunaren Lege Orokorraren 67. artikuluak argi eta garbi ezartzen du "ospitaleak sare publikora atxikitzea, aurreko artikuluan aipatutakoa, hitzarmen berezien bidez egingo" dela; horrela, sarera atxikitako ospitale pribatuetan ikuskapen eta kontrol sanitario, administratibo eta ekonomiko berberak egin behar dira, eta ospitale publikoetakoa bezalako lanaldi-erregimena aplikatzen da. Ondorioz, ospitale horren antolamendu- eta funtzionamendu-araubidea ─zentroaren titulartasuna eta zerbitzuak ematen dituzten langileen lan-harremanak izan ezik─ publiko bihurtzen da. Itunaren helburua, aitzitik, ez da erakundea sektore publikoko ospitaleen sare integratura atxikitzea, baizik eta zerbitzu publikoak kudeatzeko kontratuaren forma juridiko bat da; kontratu horren bidez, administrazio publikoek zerbitzu publiko bati dagozkion atazak bezalako lanak egiten dituen pertsona fisiko edo juridiko baten esku uzten dute zerbitzu publiko horren kudeaketa, eta zerbitzu publiko jakin batzuk ematea kontratatzen dute; ondorioz, zerbitzu horiek kontratistak ez-zuzenean ematen dituenez, kasu honetan, zentro pribatu

jakin bat ez da osasun-sare publikora atxikitzen, baizik eta osasun-zerbitzu batzuk egiteko ardura hirugarren bati esleitzen zaio.

Proiektuaren sustatzailea, dirudienez, egiten duen katalogazioan konturatzen da zailtasun horretaz; hori dela eta, proiektuari erantsitako memorian atxikimendu-hitzarmen berezia honela kalifikatzen da: kasu zehatz bat xedapen orokor batean araututako egitate abstraktuko kasu batean subsumitzea. Hala ere, bide batez, gure ordenamendura Sektore Publikoko Kontratuen Legearen bidez ekarri den 2014/24/EB Zuzentarauak estatuei ematen dien aukera aipatzen du, hain zuzen, pertsonei hainbat zerbitzu ─hezkuntza, gizarte eta osasun arlokoak─ beste pertsona pribatu batzuen bitartez emateko aukera, baina zerbitzu-kontratu publikoei aplikatzen zaien esparru orokorretik kanpo geratzen diren formulen pean.

Atxikimenduaren izaerari dagokionez azkenean ezarriko den tesia alde batera utzia, Batzordearen iritziz, **proiektuaren bideragarritasun orokorra zalantzan geratuko litzateke honako kasu honetan bakarrik: hitzarmenak kontratu-izaera duela erabakitzen denean, eta esleipenak kontratazio publikoaren arloko adjudikazioaren arau zorrotzak bete behar dituenean, horiek proiektuan aurreikusitako atxikimendu-prozedurarekin bateraezinak direlako**.

Kontratazioarekin zerikusirik ez duen prozedura baten ohiko amaierari buruzko tesia baztertu gabe, are gehiago, hitzarmen bereziaren bidez ematen den osasun laguntza kontzertazio bidez ere egin daitekeela abiapuntu hartuta, egia da **2014ko otsailaren 26ko 2014/24/EB Zuzentarauak**, kontratazio publikoari buruzkoak, 6. kontuan hartuzkoan hauxe diola: "interes orokorreko zerbitzu ez-ekonomikoak Zuzentarau honen aplikazio-eremutik kanpo geratuko dira". Era berean, "pertsonentzako zerbitzuak" direlakoei dagokienez, osasun-zerbitzuak barne, 114. kontuan hartuzkoak honako hau gaineratzen du: "Zerbitzu-kategoria jakin batzuek, zehazki, pertsonentzako zerbitzu gisa ezagutzen direnek, hala nola zenbait gizarte- eta osasun-zerbitzu eta hezkuntza-zerbitzuek jarraitzen dute, izaera propioa izateagatik, mugaz gaindiko dimentsio mugatua izaten. Kultura-ohitura desberdinak direla eta estatu kide batetik bestera asko aldatzen den testuinguru berezi batean ematen dira zerbitzu horiek (…)"; eta gainera, administrazio eskudunek "orain ere askatasuna izango dute zerbitzu horiek beren kabuz emateko, edo gizarte-zerbitzuak halako moduz antolatzeko, non ez den beharrezkoa izango kontratu publikorik egitea; esate baterako, zerbitzu horien finantzatze soilaz edo botere adjudikatzaileak aurrez finkatutako baldintzak betetzen dituzten operadore ekonomiko guztiei lizentziak edo baimenak emanez, mugarik edo kuotarik gabe, baldin eta sistema horrek behar adinako publikotasuna bermatzen badu eta gardentasun-printzipioa eta diskriminazio-ezaren printzipioa betetzen baditu".

Bestalde, SPKLren 11. artikuluak ezartzen duenez, aplikazio-eremutik kanpo geratzen da "entitate pribatuek gizarte-zerbitzuak ematea, kontratu publikoak egin beharrik gabe egiten bada, besteak beste, zerbitzu horien finantzaketa hutsaren bidez edo botere esleitzaileak lehenago ezarritako baldintzak betetzen dituzten entitate guztiei lizentziak edo baimenak emanez, mugarik eta kuotarik gabe, eta sistema horrek publikotasun nahikoa bermatzen badu eta gardentasun eta diskriminazio-ezaren printzipioak betetzen baditu".

Kontratazio publikoaren aldetik, beraz, osasun-zerbitzua emateko, administrazioak beste formula batzuetara jo dezake, eta horiek ez dituzte zerbitzu-kontratu publikoen adjudikazioari aplikatzen zaizkion arauak bete behar; hala ere, halakoetan aurreikusten

den sistema alternatiboak –kasu horretan atxikimendua– behar bezalako publizitatea bermatu behar du, gardentasuna eta diskriminaziorik ezaren printzipioetara egokituta izateaz gain.

Kasu honetan, era abstraktuan, sistema proiektuan jasotakoa bezalako araudiaren bidez arautzen denez, betekizun eta printzipio horiek betetzen direla esan daiteke; nolanahi ere, erregulazioaren azterketa xehatuago baten emaitzak gai edo gomendio puntualak plantea ditzake, Euskadiko Kontratazio Administrazioko Aholku Batzordearen eta Kontrol Ekonomikoko Bulegoaren txostenetako ildo eraikitzailean.

Aurrekoa ez bezala ulertu behar dira aipatu zuzentarauaren 77. artikuluan aipatzen diren zerbitzu jakin batzuei dagozkien kontratuak; izan ere, Batzorde honen iritziz, kontratu horien adjudikazioa, haien xedea ere "zerbitzu pertsonal" horiei lotuta dagoela kontuan hartuta, **erakunde batzuetarako gorde** daiteke. Egoera hori hobeto zehaztu da Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak emandako doktrinan, hain zuzen, 2014ko abenduaren 11ko epaian (C-113/13 gaia, Croce Rossa Italiarra elkartea eta beste batzuk). Horren arabera, "EBFTren 49. eta 56. artikuluak interpretatzen direnean, ezin dira estatu mailako araudiaren kontra egon. Azken horrekin bat, larrialdiko eta larrialdi handiko garraio sanitarioko zerbitzuak emateko ardura boluntariotza-erakundeen esku utzi behar da, lehentasunez eta zuzeneko esleipenaren bidez, inolako publizitaterik gabe; erakunde horiekin hitzarmena sinatuko da, baldin eta haien jarduera egiteko esparru juridikoak eta hitzarmen-esparruak benetan lagungarriak badira xede sozialak eta araudiaren oinarri diren solidaritatearen eta aurrekontu-eraginkortasunaren helburuak lortzeko".

112/2018 ABJI, par.: 84.etik 118.era

25. artikuluak **hitzarmena iraungitzeko zioak** ezartzen ditu, baita hitzarmena salatzeko arrazoiak ere.

Lehenengoen artean, c) apartatuak honako hau aipatzen du: **"bi alderdietako batek hitzarmena ez betetzea". Arrazoi hori**, hala ere, **orokorregia dirudi, eta ondorioz, arazoak ager daitezke interpretatzeko orduan**. Zio horietako bat egiaztatuz gero hitzarmena iraungi beharko dela ematen duenez, eta erabaki horrek ekar ditzakeen ondorioak kontuan hartuta, **gomendatzen da**, hitzarmenaren funtsezko aldeak aztertuta, **hura amaitzea ekar dezaketen ez-betetze kasuak hobeto zehaztea** .

Hitzarmena salatzeko arrazoiei dagokienez, 2. apartatuak honako hau aipatzen du: **"zerga, gizarte, lan eta kontratazio publikoari buruzko legedian eta bateraezintasunen erregimenean, larritzat jotzen diren arau-hausteak"**. Hala ere, ohartarazi behar da kasua **orokorregia dela**, "gaiei" buruzko aipamen orokorra egiten duelako.

"Larritzat jotzen diren" arau-hausteei buruzko aipamena ere ez da argigarria. Arau zehatz bat aipatzen dela ematen du, baina ez da horrela; izan ere, zerga, gizarte edo lan arloei dagokienez, arau-hausteen zerrenda eta sailkapena aurkitzeko, dagokion legedira jo daiteke,

baina ez da horrela kontratazio publikoaren kasuan; bestalde, bateraezintasunen erregimenari dagokionez, tipifikazioa funtzio publikoari buruzko araudian dago.

Hori dela eta, kasu honetan ere, idazketa aztertzea gomendatzen da, zehaztasun handiagoa lortzeko.

112/2018 ABJI, par.: 147.etik 151.era

Hitzarmenean aipatutako osasun laguntza dela eta **atxikitako osasun-zentroei eska dakiekeen ondare-erantzukizunari** buruzko xedapen gehigarriak, lehenik, **jarduera sanitarioaren ondorioz esparru horretan sortzen den hirugarrenekiko erantzukizuna azaldu nahi du.** Izan ere, **hitzarmenarekin lortzen den "publifikazioa" kontuan hartuta, onartu egiten da**, Sektore Publikoaren Araubide Juridikoari buruzko urriaren 1eko 40/2015 Legearen 35. artikuluan xedatutakoari jarraikiz, osasun-administrazioaren jardunari dagokion ondare-erantzukizunaren araubidea. Bigarrenik, erantzukizuna hitzarmena sinatzen duten alde bien artean banatzeko modua argitu nahi da.

Osasun-administrazioak hirugarrenei ordaindutako zenbatekoak itzul ditzan eska diezaioke atxikitako zentroari. Halako kasuetan, Batzordearen iritziz, xedapenaren helburua batez ere argitzea bada ere, **kaltegarria izan daiteke eta interpretazio desberdinak ekar ditzake, horren arabera, balizko erantzukizun horren iturriak** —antza denez, **bakarrak— atxikitako zentroko langileen zabarkeria eta erabilitako baliabide materialen funtzionamendu txarra, egoera okerra edo kontserbazio desegokia direlako.** Zailtasun horren adibidea jartzeko, zabarkeria desberdin tratatzen da administrazio publikoen zerbitzura diharduten langileen erantzukizun-araubidean (Sektore Publikoaren Araubide Juridikoaren urriaren 1eko 40/2015 Legearen 36. artikulua): dolo, erru edo zabarkeria astuna dagoenean bakarrik eskatzen da erantzukizuna.

112/2018 ABJI, par.: 155.etik 156.era

VIII. Etxebizitza

Eraikinen Ikuskapen Teknikoa, funtsean, etxebizitzarako eraikinen kontserbazio-egoera, irisgarritasuna eta energia-eraginkortasuna aztertzen duen ebaluazio-txostena da.

Dekretu-proiektuaren alderdi berritzaileetako batek aplikazio-eremuarekin du zerikusia. Estaldura ematen dion lege-testuaren idazketaren ondorioz, **proiektuak aldatu egiten du neurriaren eraginpeko etxebizitza-eraikinen kontzeptua**. Hain zuzen, Etxebizitzaren Legearen 52. artikuluaren arabera, eraikinen ikuskapen teknikoa "erabilera nagusia bizitegitarakoa duten eraikinen" kasuan egingo da; LHLk, aldiz, indargabetutako 200. artikuluan, "katalogatutako

edo babestutako etxe edo eraikinen jabeak, eta bizitegi-erabilera duen edozein eraikinen jabeak" aipatzen zituen.

Kontzeptua argitzearren, **proiektuaren 3. artikuluak** definizio berri bat proposatu du, **"erabilera nagusia bizitegitarakoa duten eraikinen"** kontzeptuari dagokionez; horren arabera:

> nagusiki etxebizitzarako erabiltzen diren eraikinak, familia bakarreko, bi familiako etxebizitzetarako eta etxe atxikietarako eta bizitegi kolektiborako direnak ere. Bizitegi kolektiborako eraikinak dira etxebizitza batek baino gehiagok osaturik daudenak; horiek, aldi berean, bizitegitarako ez diren beste erabilera batzuk izan ahalko dituzte. Antzekoa delako, tipologia honetan sartzen da, halaber, familia-nukleoa osatzen ez duten arren, pertsona talde batek okupatzeko edo bizitzeko erabiliko duen eraikina, betiere zerbitzuak partekatuz gero eta araubide komun bati atxikita; esate baterako, hotelak edo egoitzak.
>
> Halaber, eraikin bat bizitegi-erabilerakoa dela ulertuko da, baldin eta nagusiki zuzkidura-bizitoki moduan erabiltzen bada, hartara eragotzi gabe aldi berean beste erabilera batzuk ere izan ahal izatea.

Zalantzarik gabe, definizio horrek, horrelako neurrietan sartu ohi diren bizitegi kolektiborako eraikinez gain, aipatu ezaugarriak ez dituzten eraikinak sartu ditu, batez ere familia bakarreko, bi familiako etxebizitzak.

Hori guztia, gogoan izanik "erabilera nagusia bizitegitarakoa izatea" kontzeptua zehaztu gabe geratu dela eta egoeraren arabera interpretatzen dela, aurrerago azalduko dugunez.

Eraikin horien erabilera nagusia bizitegitarakoa denean, ezin dugu hori zalantzan jarri; hala ere, deigarria da eraikin batzuk, beren ezaugarriengatik 241/2012 Dekretuan eraikinen ikuskapen teknikotik salbuetsita daudenak (erabilera publikoko gune edo bide batera ematen duen fatxadarik ez duten familia bakarreko bizitegi-erabilerako eraikinak), hasiera batean dekretuaren esparruan jaso zirela.

Espedientea izapidetu bitartean, toki-erakundeek eta hainbat elkartek aplikazio-eremua zabaltzearen (eta eraikin horiek sartzearen) aurka daudela adierazi dute. Kezka horri erantzunez, proiektuak eskaria jasotzeko ahalegina egiten duen soluziobidearen alde egin du.

Hala, **proiektuaren 11.1 artikuluak eraikinen ikuskapen teknikoa aurkezteko betebeharra ezartzen du, epea bete eta gero, "erabilera publikoko gune edo bide batera ematen duen fatxadarik ez duten familia bakarreko bizitegi-erabilerako eraikinen kasuan izan ezik, zeinetan Udalak errekeritu eta gero aurkeztu beharko baita".**

Orain, eraikinen ikuskapen teknikoa egiteko betebeharrari buruzko erabakia dagokion udalaren iritziaren menpe dago, eta horrek ez du areagotzen gaiaren inguruko segurtasun juridikoa, txostena egin behar den ala ez erabakitzea udalen esku uzten duen elementu bat gehitzen duelako, erabakia hartzeko irizpide tekniko edo objektiboak ezarri beharrean. Ondorioz, desberdintasun nabarmenak sor daitezke udalerri batetik bestera.

Proiektuak ondo adierazten duenez, eraikinen ikuskapen teknikoaren helburua eraikinaren egonkortasuna, segurtasuna, estankotasuna eta egiturazko finkapena ziurtatzeko baldintzak bermatzea da, eraikin kolektiboetan zein familia bakarreko eraikinetan bizi diren pertsonak babeste aldera. Ildo horretan, egia esan, HLOren 3. artikuluak helburu horiek betetzea eraikinak egiteko oinarrizko baldintzen artean jasotzen du; halaber, 16. artikuluan, jabeek eraikina egoera onean mantentzeko betebeharra dutela ezartzen da.

Alabaina, helburu horiek betetzea bermatu beharrak ez du esan nahi kasu guztietan eraikinen ikuskapen teknikoa egin behar denik, egoera batzuetan gehiegizko karga izan daitekeelako. Izan ere, hirigintzako araudiak beste neurri batzuk jasotzen ditu eraikinak segurtasun, osasun, begirune eta apaintasun publikoko egoera onean daudela bermatzeko; neurri horiek bizigarritasun- eta erabilgarritasun-baldintzak mantentzeko behar diren kontserbatze- eta birgaitzelanak betearazteko erabili daitezke.

Bestalde, egia da legea betearazteko araudia dela, eta horren xedea, hain zuzen, arauak ezartzea eta argitzea dela, gaiari buruzko legedia behar bezala aplikatu ahal izateko, eta legeak "erabilera nagusia bizitegitarakoa izatea" terminoa —interpreta daitekeena— ezartzen duela. Horrenbestez, **proiektuaren zeregina izango litzateke zehaztea zer ezaugarri izan behar dituen eraikin batek bere erabilera nagusia bizitegitarakoa dela esateko, eta, ondorioz, dekretuaren aplikazio-eremuan egoteko**. Bide batez, hala badagokio, kanpo geratzen diren eraikinen ezaugarriak hobeto zehaztuko dira, segurtasun juridikoaren kalterako den interpretazio tarte handia uztea saihestuz.

Bazterketa horrek dagoeneko aipatutakoak bezalako kasu zehatzak definitu ahalko lituzke, aurrez ezarritako ezaugarrien arabera, kokapenaren arabera (landaguneetan edo lurzoru urbanizaezinetan), nekazaritza eta abeltzaintzako ustiapena den kontuan hartuta, edo bestela, erabilera ehunekoen arabera, bizitegi-erabilera izan arren, beste erabilera bat nagusitzen den erabakitzeko.

Nolanahi ere, berriz esan behar dugu **eraikin batzuk ikuskapen teknikoa egiteko betebeharretik salbuetsita egon arren, oraindik ere hirigintza-diziplinaren menpe daudela,** LHLk udalen esku jartzen baititu esku hartzeko hainbat tresna, etxegintzaren antolamenduaren helburu orokorrak betez, eraikinen bizigarritasun-baldintzak betetzea bermatuko duten kontserbazio- edo birgaitze-neurriak ezar ditzaten.

Halaber, aplikazio-eremuari dagokionez, **zalantzak sortu dira eraikinen ikuskapen teknikoaren derrigortasunaren inguruan, erortzeko zorian deklaratutako eraikinen kasuan edo egoera hori deklaratzeko espedientea irekita dagoenean**. Neurria sustatzen duen organoaren iritziz, Etxebizitzaren Legeak bizitegi-erabilerari buruzko salbuespenik jasotzen ez duenez, bazterketa hori egitea ez dagokio araudiari.

Adierazi dugunez, legea betearazteko araudiaren xedeetako bat, kontzeptu juridiko zehaztugabeen edo interpreta daitezkeenen aurrean gaudenean, lege-kontzeptu horien esanahia argitzea, mugatzea, zehaztea, aztertzea edo osatzea da, segurtasun juridikoa areagotzeko.

Hasteko, azpimarratu behar da LHLk aldiro-aldiro eraikinen egoera ikuskatzeko betebeharra ezarri zuela, aurri-deklarazioa hiri-lurzoruarekin espekulatzeko beste bide bat bihurtzea saihesteko. Hala ere, **arrazoizkoa izan daiteke aurri-egoera deklaratzen denean eraikinen ikuskapen teknikoa egiteko betebeharra amaitzea,** hala badagokio, eraikina goitik behera birgaitzea erabaki arte behintzat; birgaitze-lanak bukatu ondoren, egokiagoa izango litzateke eraikinean aldizkako ikuskapenak egitea. Bestalde, **aurri-egoera deklaratzeko espedientea irekita duten eraikinei dagokienez, derrigortasuna eten egin beharko litzateke, eraikinean egin beharreko jarduketak zehaztuko dituen espedientea bete arte behintzat; jarduketa horiek, aurreko kasuan bezala, eraikina goitik behera birgaitzea ekar dezakete.**

109/2018 ABJI, par.: 77.etik 92.era

6. kapitulua. PROZEDURA

I. Xedapen orokorrak egiteko prozedura

A) Eremua eta helburua

Ekimenaren helburu nagusia da araua egiteko erabakia hartzen denetik azken izapideak egin arte (Legebiltzarrera igortzea lege-proiektu gisa edo, erregelamenduzko arauen kasuan, onartzea argitaratzeko) igarotzen den denbora laburtzea ahalbidetzen duen prozedura bat lortzea.

Helburu hori —oso modu positiboan balioetsi behar da XXI. mendeko Administrazio batean— aurreproiektuaren testu osoan azaltzen da. **Baina horrek eskatzen du arauak egiten direnean jarraitzen den dinamika —XOEPLren indarraldian sortutakoa— aldatzea. Horregatik, oso garrantzitsua da, aldaketa benetan egiten dela bermatzeko, helburu horrekin lotutako neurriak aurreproiektuan sartzea juridikoki segurua den moduan.**

Batzordeak iradokizun asko egin ditu aldaketa modu argian eta sistematikoan islatzeko arauan, operadore juridikoek aldaketa hori aplikatu ahal izateko indarrean jartzen denetik arau-inguru-ne seguru batean.

Arauketa-dentsitate egokiaren gainean egindako aukeraketa aurrez epaitu gabe, testura egindako lehenengo hurbilketa honetan, garrantzitsua da gogoraraztea aukeraketa hori egiteko orduan kontuan hartu behar dela zer leku hartuko duen arauak bere ordenamendu juridikoan.

Gure kasuan, ekimena orokorra da, zalantzarik gabe, eta asmo handiko arau konplexuak emateko balio izan beharko du, baina baita beste arau xumeago batzuk emateko ere.

Araua egiteko prozedurari buruzko etorkizuneko legea erregulazioa ia agortzen duen, baina, bereziki aplikatzaileentzat izango dituen abantailak ukatzen ez dituen kode itxi bat izango balitz bezala hartzeak ere eragozpen batzuk eduki ditzake prozedura zorrotzegi bat ezartzeari dagokionez.

Zehaztasun maila handia eta lege maila izateak erregelamenduak sartzearen alorra gordetzeko balio du, zalantzarik gabe —hori da, hain zuzen ere, aurreproiektuaren aukeretako bat—, baina, era berean, harri bihurtzen du prozedurazkoa den erregulazio bat eta zaildu egiten du erregulazioa aldatzea —baldin eta erregulazioa aplikatzean disfuntzioak daudela ikusten bada—.

Batzordeak arrisku hori dagoela ikusten duenean, adierazi egiten du eta egokitzat hartzen duena iradokitzen du, erakunde sustatzaileak balioetsi dezan aurreproiektuak lortu nahi dituen helburuak kontuan hartuta.

Proiektua aztertzean Batzordeak ikusten duen beste azaroetako bat, eduki bati baino gehiagori eragiten diona, izapide batzuk jasotzeko moduari dagokiona da. Bereziki, pro-

zedura egiten parte hartu behar duten erakundeek (esate baterako, Emakunde, Kontseilu Ekonomiko eta Soziala, Tokiko Erakundeen Batzordea) egin behar dituzten **txostenak**.

Aurreproiektuak ahalegina egiten du erakunde horien esku-hartzea antolatzeko, eta hori oso positiboa da, baina, kasu batzuetan, **esku-hartze bakoitzaren unea zehazterakoan, erregulazioaren edukiaren erregulazio partzialean edo erregulazioa egin behar den moduan sartzen da.**

Horrek eragozpen batzuk sortzen ditu etorkizuneko araua ordenamendu autonomikoan modu harmonikoan sartzeari dagokionez: batzuetan zaila da zehaztea esku-hartzeak jasotzen duen araua aldatu nahi den edo, aitzitik, arauaren ildo orokorrak soilik jaso nahi diren, ezein lege-arau aldatu nahi izan gabe.

Kasu horiek aparteko zehaztasunez identifikatzen dira irizpenean, **kosta ahala kosta saihestu behar baita ordenamendu autonomikoaren lege-arauetan azaltzen ez den aldaketa egitea.**

186/2018 ABJI, par.: 130.etik 141.era

5. Artikulua (Deuseztasuna eta deuseztagarritasuna erregelamenduak egiteko prozeduran)

Manu hori aurreproiektuaren berrikuntzetako bat da. Manu horren helburua erregelamenduen deuseztasunari buruzko araubide berri bat sartzea da (ordenamenduak orokorrean jasotzen duen zentzua ez den beste zentzu batean).

Gai garrantzitsua da aurreproiektuaren arkitekturan, eta manu batzuen edukia erregulazio berriari dagokio. Dena den, proposatutako aldaketaren ardatza 5. artikuluan biltzen da artikulu horren izenburuan iragartzen denaren arabera (deuseztasuna eta deuseztagarritasuna erregelamenduak egiteko prozeduran). Horregatik, arretaz aztertuko dugu, erregulazioak eraginpean hartzen dituen gainerako alderdiei buruz artikuluaren amaieran gehitzen diren iruzkinak alde batera utzi gabe.

Edukiari dagokionez, manuaren 1. apartatuan lege-mailatik beheragoko maila duten xedapenen erabateko deuseztasunaren kasuak jasotzen dira.

Oro har, deuseztasun hori gertatuko da araua egiteko prozeduran "Lege honetan funtsezkotzat hartzen den eta espresuki eskatzen den izapide bakar bat ere ez badago".

Ondoren, artikuluak deuseztasun horren adibideak ematen ditu [a) apartatutik f)ra bitartekoak].

2. zenbakian xedapenen deuseztagarritasuna zehazten da; izan ere, deuseztagarriak izango dira baldin eta haiek egiteko prozeduran "Lege honetan aurreikusitako bestelako edozein arau-hauste

egin bada, eta arau-hauste horiek ez badira behar bezala zuzendu edota haien eragina ez bada baliozkotu xedapena argitaratu baino lehen".

3. zenbakian kasu espezifiko bat jasotzen da: xedapen baten "baliozkotasunean eta eraginkortasunean" eragina izan du izapidetze elebidunari buruz aurreikusitakoaren gainean egindako arau-hauste batek.

Argitu beharko dugun lehenengo gaia da (manuaren eduki osoaren premisa baita) **aurreproiektuak**, arauak egiteko prozedura ezartzen duenean, **arautzeko xedetzat sar ote dezakeen arauzko izaera duten xedapen orokorren deuseztasun-araubidea. Gai horrek, Batzordearen iritziz,** une honetan, **ez dauka aldeko erantzunik.**

Gai honi dagokionez, badirudi aurreproiektuak arauzko xedapenen alorrera eraman nahi duela administrazio-egintzen deuseztasunaren eta deuseztagarritasunaren araubidea (gaur egun APELren III. tituluaren III. kapituluan jasota dago).

Ideia iradokitzailea da, zalantzarik gabe, **eta administrazio-xedapenak deuseztatzeko zehapena antolatzearen alde egiten duen nolabaiteko administrazio-doktrinarekin lotuta dago, baldin eta zehapen horren jatorria prozedurazko arau-hauste batean badago.**

Deuseztasun-zehapena antolatzeko aukera, baldin eta zehapen hori arauak egiteko prozesuak irauten duen bitartean gertatzen diren prozedurazko edo formazko akatsetan oinarritzen bada, azterketa doktrinala egin behar da, bereziki hirigintza-plangintzako arauei dagokienez, eta legegintzako ekimen batean ere agertu izan da (ondoren aztertuko dugu xehetasunez).

Horrela bada, doktrinaren sektore jakin bat honako gogoeta hau egiten ari da: komenigarria ote den gure ordenamenduak erregelamendu-mailako araurako aspalditik jaso duen eta APELren 47.2 artikuluan, bere ohiko formulazioarekin, jarraitzen duen erabateko deuseztasunaren zigor zorrotza zehaztea edo berriz aztertzea. Aipatutako artikuluaren arabera, erregelamendu-mailako araua deuseza izango da arau-hierarkiaren printzipioa hausten duenean Konstituzioa, legea edo goragoko mailako beste administrazio-xedapen bat urratzeagatik; lege-erreserbaren printzipioa urratzeagatik, lege horri dagozkion gaiak arautzeagatik; eta eskubide indibidualen aldekoak ez diren edo murriztaileak diren xedapen zehatzaileen atzeraeraginik ezaren printzipioa urratzeagatik.

Adierazten dute APELren 47.2 artikuluan "hautsi" hitza erabiltzeak ahalbidetuko lukeela goragoko mailako arauekin materialki bateraezinak diren edukiak dituzten erregelamenduak soilik sartzea, eta gainerako arau-hausteek esanbidezko aurreikuspenik izango ez luketenez, deuseztagarritasunaren bidea aztertu ahal izango litzateke (APELren 48. artikulua).

Baina egia dena da, **gaur egun, indarreko ordenamenduan, administrazio-egintzekin gertatzen den ez bezala, erregelamenduen kasuan, baldintza formalak nahiz funtsezko baldintzak ez betetzeak erregelamenduaren erabateko deuseztasuna dakarrela** (besteak beste, 2011ko azaroaren 18ko AGE).

Erregelamenduaren deuseztasun horrek ez du onartzen funtsezko arau-hausteen edo prozedurazko arau-hausteen arteko bereizketarik edo mailaketarik: erregelamendu-mailako araua egiteko prozesuan, erregelamendu-mailako arauak legezko aurreikuspen bat hausten duenean, ulertzen da legezko araua urratu duela eta erabateko deuseztasunarekin zigortu behar da.

Oinarria ez da makala: legearen aurkako erregelamendua deuseztagarria bada, arau baliogabe bat ordenamendutik botatzea epe labur baten araberakoa izango litzateke. Horrek ekarriko luke, gainera, legeak araudi-hierarkia eta lege-erreserba hausten dituzten erregelamenduen bitartez arauz kanpo indargabetzeko aukera onartzea.

Beste gai desberdin bat da ─azterketa honen xedea gainditzen duena─ ordenamenduan deuseztasunaren ondorioak antolatzeko mekanismoak izatea, besteak beste honako hauek: (I) administrazioarekiko auzien jurisdikzioa arautzen duen uztailaren 13ko 29/1998 Legearen 73. artikulua (AUJL), zeinaren bitartez erregelamendu-mailako arauaren deuseztasun-deklarazioaren *ex tunc* ondorioak biziki zehazten baitira; (II) araua egiteko prozeduran izandako akatsen ondoriozko deuseztasunari buruz auzitegiek egiten duten administrazio zuhurra, zeinetan auzitegiek akatsaren eta funtsezko arau-haustearen arteko lotura aztertzen baitute isilbidez, eta auzitegiek zuzenean ondorioztatzen dute formazko arau-hauste batzuk ez direla benetako ez-betetzeak APELren 47.2 artikulutik haratago edo, arau-haustea onartu ondoren, manu batzuetara (2008ko azaroaren 11ko AGE); eta (III), azkenik, hau ere zentzu berean, erregelamenduen aurkako zeharkako baliabideak direnean araua egin bitartean sortzen diren formazko akatsei buruzko argudioak debekatzen dituen aspaldiko jurisprudentzia aipatu behar da (besteak beste, 2005eko urriaren 11ko AGE).

Baina, dena den, oro har, jurisprudentziak ezartzen du erregelamenduak egiteko prozedura EKren 105.1 artikuluarekin lotuta dagoela eta erregelamendu-ahala egikaritzeko muga formala da; horrenbestez, ahala betetzeak izaera *ad solemnitatem* dauka, eta ez betetzeak edo gaizki betetzeak ekarriko du xedapena deuseztatzea (besteak beste, 2000ko azaroaren 13ko AGE).

Litekeena da arauzko ahala egikaritzean deuseztasun-kausa baten pean erortzea goragoko mailako arau bat urratzen denean, bai edukia urratzeagatik, bai araua egiteko ezarritako prozedurara ez egokitzeagatik; izan ere, azken batean, erregelamenduak egiteko prozedura lege batek ezartzen du.

Organo sustatzailearen ustez, aurreproiektuaren 5. artikulua APELn ezarritako oinarrizko arauen barnean sartzen da. Organo sustatzaileak uste du APELren 47.2 artikuluak ez dituela modu itxian arautzen araua egiteko prozeduraren inguruan izan litekeen arau-haustearekin lotutako ondorioak, baizik eta ondorio zehatza eta sendoa dauka prozedurako arau-hauste kualifikatu batzuetarako. Eta, horrenbestez, uste du EAEren eskumenaren barnean sar daitekeela aurreproiektuari erantsitako erregulazioa.

Batzordeak, aitzitik, **uste du erregelamenduko xedapenak deuseztatzeko araubidea ezartzea ez dela prozedurazko gaia, funtsezko gaia baizik.**

Hurbilketa abstraktua da, hori mugatzea arauen baliozkotasunaren eta eraginkortasunaren eremura bidera daitekeen gaia izango litzateke eta dagokion eskumena EKren 149.1.8 artikuluaren esparruan kokatzea ahalbidetuko luke, Estatuari esleitzen dionean: "Beti arau juridikoen aplikapen eta eraginkortasunari dagozkion erregelak, ezkontzarekiko erei dagozkien harreman juridiko-zibilak, Erregistro eta Izkribu publikoen eraketa, Kontratuetako betebeharren oinarriak, lege arteko eztabaida konpontzeko arauak, zuzenbidearen iturburuak finkatzea, azken kasu honetan Foru erregimen edo Zuzenbide berezien arauak errespetatuz".

APELren 47.2 artikulua, ikuspegi honetan, Kode Zibilaren aurretiko tituluan biltzen diren arauen eraginkortasunari eta baliozkotasunari buruzko erregela administrazio-arauen eremura bideratzea edo eremu horren isla izango litzateke. Kode Zibilaren 1.2 artikuluan honako hau jasotzen da: "Ez dute baliorik izango goragoko lerruneko xedapenen bat urratzen duten xedapenek"; manu hori EKren 9.3 artikuluaren ikuspegitik irakurri behar da; izan ere, beste printzipio batzuen artean, araudi-hierarkiarena bermatzen du. Horri lotuta, Jaurlaritzari buruzko ekainaren 30eko 7/1981 Legearen 63. artikulua interpretatu behar da.

Hurbilketa zehatzago bat eginez, **5. artikuluaren azterketa EKren 149.1.18 artikuluko ikuspegia aintzat hartuta aztertzen bada, orokorrean ezarritako erregelamendu-mailako arauen baliozkotasun-araubidea ez den beste araubide batek erakusten du eskumen-eragozpenak ere badaudela.**

Arestian aipatutako konstituzio-doktrinaren arabera, administrazio-prozedura erkideari buruzko eskumenaren barnean sartzen da "egintzak egiteko modua preskribatzen duten printzipioak eta arauak zehaztea, baita baliozkotasunaren eta eraginkortasunaren baldintzak, administrazio-egintzak egikaritzeko baliabideak eta berrikusteko moduak zehaztea ere, partikularrek prozeduraren barnean dituzten berme orokorrak erabat sartuz" (227/1988 KAE).

Konstituzio Auzitegiaren argudioa irekitzen duen bideari jarraituz, egintzen baliozkotasunaren eta eraginkortasunaren baldintzak EKren 149.1.18 artikuluaren berezko gaia badira, ematen du arauzko xedapenen baliozkotasun-araubidea (deuseztasuna/ deuseztagarritasuna) ere naturaltasunez sartzen dela estatuaren eskumen-eremuan; izan ere, tratamendu berdina eta orokorra eskatzen duelako, arauak erabiliko dituzten pertsonei zuzenean eragiten dielako eta ordenamendu juridikoaren funtsezko elementu/printzipioetako bati buruzkoa delako (aztertutako kasuan, proposamenak eskatzen du EKren 9.3 artikuluan emandako araudi-hierarkiaren printzipioaren interpretazio desberdina egitea).

Hala eta guztiz ere, aurreproiektuaren 5. artikuluak gainditu behar dituen oztopoak ez dira hemen bukatzen. Ikuspegia aldatzen badugu eta **mezu arauemailearen zuzeneko hartzaileen** ikuspegia hartzen badugu, egiaztatuko dugu hartzaileak erregelamenduaren –zuzeneko edo zeharkako baliabidearen bitartez– jurisdikzio-kontrolaz arduratzen diren **auzitegiak direla** edo, hala badagokio, xedapenen ofiziozko berrikusketa egiteko ahala duen Administrazioa.

Era berean, ikuspegi horrek ahalbidetzen du proposatutako aldaketa baliozkotzeko dauden zailtasunak egiaztatzea: **Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioaren egungo Legearen arabera, xedapen orokor baten aurkako zuzeneko edo zeharkako errekurtso bat ebazten duen epaileak, errekurtsoa baiesten badu, deuseztasuna deklaratzeko baimena soilik dauka, eta zeharkako errekurtsoaren kasuan, horretarako eskumenik ez badu, arau deuseza ez aplikatzeko eta, ondoren, legezkontrakotasunaren gaia deuseztasuna deklaratzeko eskumena duen auzitegiaren aurrean proposatzeko baimena dauka.**

Kasu guztietarako deuseztasun-zehapenaren ordez **formazko akatsengatik erregelamendu-mailako arauaren deuseztagarritasuna deklaratzeko aukera emateko erregelamendu-mailako araua kontrolatzeko jurisdikzio-funtzioa gaur egun jasotzen den modura egokitu beharko da.**

Kontuan eduki behar da aurreproiektuak puntu horretan EHAEren 10.6 artikuluko eskumen-euskarria soilik edukiko lukeela. Artikulu horretako eremua EKren 149.1.6 artikuluko eremua aztertzetik sortzen da.

Konstituzio-doktrinaren bildumaren arabera, **eskumenak arau prozesalen eremuan banatzeari** dagokionez, apirilaren 22ko 92/2013 KAEk egiten duenari dagokionez ─otsailaren 16ko 21/2012 KAE eta martxoaren 25eko 47/2004 KAE aipatuz─, nabarmendu behar da, lehenik eta behin, esleipen horrek tresna jurisdikzionalen berdintasuna gordetzeko premiari erantzuten diola.

Aztertutako kasuan, 5. artikuluan funtsezko erregulazioa jasotzen da. Erregulazio horrek erregelamendu-mailako arauak kontrolatzeko gaur egun indarrean dagoen modua ez den modu bat ezartzen du. **Ikuspegi horretan, zuzenbide substantiboaren erregela bat da, arau prozesalean islatu behar dena.**

Aipatutako 47/2004 KAEn oinarrituz, Konstituzio Auzitegiak eskumen-salbuespenaren legezko irismena ezartzeko egin behar diren eragiketa juridikoak zerrendatu ditu, EKren 149.1.6 artikuluko "nahitaezko espezialitateak".

Doktrina horren arabera, lehendabizi zehaztu behar da zein den zuzenbide substantibo autonomikoaren kasuan; izan ere, zuzenbide horrek dituen berezitasunei soilik aitortzen dio konstituziogileak agindu prozesalean arau autonomikoak justifikatzeko gaitasuna, hala badagokio. Bigarrenik, zehaztu behar da estatuko zer legeria prozesalari dagokionez, eta, beraz, legeria orokor edo erkideari dagokionez, ematen diren legegileak sartutako agindu prozesalaren balizko espezialitateak. Eta, azkenik, jakin behar da ordenamendu substantiboaren berezitasunen eta legegile autonomikoak sartutako berezitasun prozesalen artean berezitasun prozesalak justifikatzen dituen zuzeneko loturarik ote dagoen, hau da, EKren 149.1.6 artikuluaren eskumen-klausularen hitzetan berezitasun horiek "beharrezkotzat" legitimatzen dituen zuzeneko loturarik ote dagoen, premia hori ezin dela erabatekoa izan zehaztuz; izan ere, konstituzio-agindua horrela interpretatuz gero edukirik gabe utziko luke eskumen-eremu autonomikoa.

Azken batean, 146/1996 KAEn eta 173/1998 KAEn, besteak beste, ezarritako konstituzio-doktrinatik ondoriozta daiteke **espezialitate prozesal batek EHAEren 10.6 artikuluaren eskumenean babesa aurkitu ahal izateko, erregulazio substantibo batek eskatu behar duela; dena den, EAEk eskumena izan behar du erregulazio hori hartzeko.** Premisa horren pean EKren 149.1.6 artikuluak legeria prozesalaren alorrean Estatuari ematen dion eskumenarekin bateragarria den berezitasun prozesala soilik onartuko da.

Arrazoitutakoaren arabera, Batzordeak eskumen-banaketa autonomikoan ez du babesik aurkitzen 5. artikulurako.

186/2018 ABJI, par.: 221.etik 256.era

1. apartatuan jasotzen da Legebiltzarrak aukera duela, erregelamenduak ezartzen duenaren arabera, Gobernuari agindu diezazkiokeen lege-proposamenei dagokienez "lege horretan aipatzen den edozein txosten edo memoria bideratzeko, eta Gobernuak lagundu egin beharko du dagokion lege-proposamena izapidetzen".

Xedapenean jasotzen den azalpena 48. lerrokadan transkribatu da. Laburbilduz, nabarmentzen da Legebiltzarrak eskatzen duenean, egokia dela lege-proposamenei aplikatu ahal izatea aurreproiektuak ahalbidetzen dituen izapidetze-aukerak.

Beraz, xedapenean **proposatzen da lege-proposamenak Jaurlaritzaren esku-hartzeari lotzea, Legebiltzarraren Erregelamenduan xedatzen denaren arabera.**

Batzordearen aburuz, **manua botere legegilearen eta botere betearazlearen arteko harremanen eremuan sartzen da, zehazki legegintzako ekimena egitearen haritik; hori hasiera batean, konstituzionaltasunaren blokeari gordetzen zaion gaia da**, alde batera utzi gabe hura osatzen duten arauek lege arrunterako igorpen puntualak jaso ahal izatea ─adibidez, EHAEren 27.4 artikuluan, legegintzako ekimenaren erregulazioa lege organikoak gai horri buruz ezartzen duena errespetatu beharko duen lege batera igortzen du (EKren 87.3 artikulua)─.

Nahikoa da legegintza-eskuordetzaren konstituzio-erregulazioa (eskuordetza horren mugak eta zuhurtziak aurreproiektuaren azken xedapenetatik hirugarrenean jasota daude) kontuan hartzearekin ondoren **aipatuko den lege-aurreikuspen batek sortzen duen arazo konplexua ulertzeko. Aipatutako lege-aurreikuspena honako hau izan daiteke: botere legegilean sortutako legegintzako ekimen bat Jaurlaritzara berriro bidaltzea ahalbidetzen duen proposamena, Jaurlaritzak ekimen hori lege-proiektuak izapidetzearen mende dauden txostenen edo memorien bitartez azter dezan.**

Batzordeak uste du aukera hori Legebiltzarraren Erregelamenduak ezartzen duenaren baldintzapean jartzeak ez dituela erabat desagerrarazten xedapenaren arazoak. Konstituzio Auzitegiak behin eta berriz esaten du **legegintzako ekimenak legebiltzarraren ordezkarien**

***ius in officium*aren eta legegintzako ekimenaren funtzio hori betetzeko ezar daitezkeen baldintzatzaileen nukleo gogorra osatzen duela**, eta baldintza formalak (EKn, autonomia-estatutuetan edo ganberetako erregelamenduetan erregulatzea) betetzeaz gain, **legebiltzarreko diputatuek eta taldeek legeak egiteko prozesuan duten parte-hartzearen eta esku-hartzearen izaera errespetatu behar dutela.** Izaera hori ezin da mugatu edo bazter utziko duten izapideen mende jarri, eta hori gerta liteke Ganberan sortzen diren legegintzako ekimenei buruzko iritzia gobernuak emateko aukera eskaintzen bada. Gobernuaren legegintzako ekimena betetzeko egin behar diren txosten edo memoria berak eginez eman dezake iritzia gobernuak. Izaera horrek eskatuko du konstituzionaltasunaren blokean oinarri sendo bat edukitzea.

Izan ere, finkatutako konstituzio-doktrinaren arabera, kontuan izan behar da herritarren ordezkariek funtzio legegilea betetzea "herri-subiranotasunaren gehieneko adierazpena dela Estatu demokratikoan. Izan ere, funtzio hori betetzen parte hartzeak eta funtzio horrekin batera dauden eskubideak eta ahalmenak betetzeak (…) ordezkariaren ius in officiumaren adierazpena, konstituzio-mailan garrantzitsua dena, eratzen dute" (besteak beste, otsailaren 1eko 10/2016 KAE).

Batzordeak uste du **izapide berriak lege-proposamenen izapidetzean sartzeko aukerari buruz Legebiltzarrean eztabaidatu gabe, une honetan, goizegi dela proiektatutako xedapena sartzea.**

Jaurlaritzari ezartzen zaion laguntzeko betebeharrak lege-erregulazio xehatuago bat eskatzen du, zalantzarik gabe.

Uneren batean Legebiltzarraren Erregelamenduak xedapenak proposatzen duen zehaztapena bezalakoa ezartzen badu (Batzordeak uste du zehaztapen horren konstituzionaltasuna arretaz aztertu beharko litzatekeela), ez da nahikoa izango Jaurlaritzari laguntzeko betebeharra ezartzen dion lege batekin, baizik eta beharrezkoa izango da Jaurlaritzak betebehar hori nola bete beharko duen, prozedura legegilean izango dituen ondorioak, laguntzeko mugak eta abar arautuko dituen lege bat.

Xedapenari eusten bazaio, Batzordeak gomendatzen du batzorde eskudunari buruzko aipamena kentzea eta Ganberaren Erregelamendua soilik aipatzea.

186/2018 ABJI, par.: 567.etik 577.era

B) Entzunaldia

Adierazitakoaren arabera, xedapen orokorrak ─hemen legea baino beheragoko mailako arau gisa─ egiten direnean entzunaldia ez da besteak bezalako izapidea, **baizik eta izapide kualifikatua 105.a) artikuluan aurreikusten denez.** Entzunaldia printzipio demokratikoari lotzen zaio eta botere publiko guztiei dagokien betebeharrarekin, hots, politika, ekonomia, kultura eta

gizartea alorretako bizitzan hiritar guztien parte-hartzea erraztearekin uztartzen da (EHAEren 9.2 artikulua).

Behin eta berriz esaten ari garenez, herritarrek eremu publikoan parte har dezaten sustatzea oinarrizko printzipio bat da botere publikoen jardueran eta, bereziki, arauak egitea arauak emateko ahala esleituta daukaten guztiek kontuan izan behar duten printzipio konstituzionala denean (hau da, hiru mailak hartzen ditu eraginpean: estatua, autonomia eta tokian tokia).

Era berean, hemen beharrezkoa da herritarren parte-hartzeak azken aldi honetan hartu duen rola errepikatzea, jarduera publikoaren eremu guztietan egon behar duen zeharkako printzipio bihurtu baita, gobernu onaren zutabeetako bat dela irizten delako, eta Eusko Jaurlaritzak haren alde egin duelako.

Horregatik, aurreproiektuan biltzen den entzunaldiaren izapidearen erregulazioa aztertzeko garaian berriro heldu behar diogu, halaber, gardentasunari eta herritarren parte-hartzeari buruzko lege-proposamenari.

Nahiz eta entzunaldiari dagokionez, xedapen orokorrak egiteko prozeduran xedatzen denari eusten zaion, lagungarria da lantzen ari garen gai batzuk aztertzeko.

Aurretiko kontsiderazio hauek egin ondoren, xehetasunez aztertu behar dugu 15. artikulua.

1. apartatuan ikusten dugu entzunaldiaren eta aurretiko kontsultaren izaera desberdinak direla, eta gainera, 9. artikuluan erregulazio espezifikoa duela; horregatik, komenigarria da erregulazio horri buruzko aipamena kentzea. Era berean, apartatu horretan informazio publikoa aipatzen da, baina ondoren azalduko dugunaren arabera, erregulazioan ez du aipatzen.

Eskubide eta interes legitimoetan "zuzeneko" eragina izateko eskakizunak balioespen negatiboa merezi du.

Entzunaldi-izapidean entzun behar diren pertsonei dagokienez, zirkulu hori korporatibismoaren inguruan ezartzearen alde egin zuen hasierako jurisprudentzia gainditu ostean, **ahalmen handiena duen doktrinak gaur egun adierazten du printzipio demokratikoko izapidearen oinarriak eta printzipio horren babes konstituzionalak eragiten dutela arau-ekimenen eragina izan dezaketen pertsona guztiak printzipio horren hartzaile potentzialtzat hartzea.**

Eragin hori definitzeko garaian, edozein administrazio-prozeduraren legitimaziora jotzeko konponbidea finkatuta dago (APELren 4. artikulua). Konponbide hori AAJLn (19. artikulua) jasotzen den bera da, bilakaera ezagun baten ondorio (zuzeneko interesetik interes legitimoraino).

Murrizketak disfuntzio bat sartzen du; izan ere, litekeena da erregelamendu-mailako araua auzitegien aurrean aurkaratzeko legitimatutako pertsona entzunaldiaren izapidetik kanpo uztea.

Erregulazioa egiteko prozesuan, interes legitimoko zirkuluan erregulazioak eraginpean har ditzakeen pertsona guztiei deitu behar zaie, horrela egiten bada, araua irmoago ezarriko baita arau horren ondorioak jasoko dituen errealitatearen gainean. Ikuspegi hori kontuan hartuta, entzunaldia prozeduraren elementu bat da, proiektatutako arauaren egingarritasuna finkatzearen alde egiten duena. Egon litezkeen parte-hartzaileen zirkulua murrizteak ere ez dauka zentzurik ikuspegi honetan.

(…)

Horri dagokionez, gogoratu behar da jurisprudentziaren arabera (besteak beste, 2002ko otsailaren 12ko AGE), **gauza bat da eraginpean hartutako herritarrak entzutea eta beste bat informazio publikoa. Edo beste hitz batzuekin esanda, kasu desberdinak dira eta ezin da aukeratu "entzunaldi publikoaren" eta "eraginpean hartutako pertsonen entzunaldiaren" artean**. Entzunaldi eta informazio publikoak ez direlako aukerak. Entzunaldia (zuzenekoa edo ordezkari diren erakundeen edo elkarteen bitartez) beti egin behar den izapide bat da (EKren 105. artikulua).

(…)

4. eta 5. apartatuak aztertzeko, izapidea printzipio demokratikoan sartzea eta konstituzio-aurreikuspena berreskuratu behar ditugu; izan ere, aurreikuspen horrek, beste ondorio batzuk alde batera utzita, berekin dakar **entzunaldiari egiten zaizkion salbuespenek behar bezalako justifikazioa izan behar dutela** beste konstituzio-balio batzuetan, hau da, **balio horiek gordetzeak legitimatuko du administrazio-jardueraren esparru garrantzitsu horretan entzuna izateko eskubidea kentzea**.

Aurreproiektuaren 4. apartatuan entzunaldia egin gabe utz daitezkeen kasuak zerrendatu dira.

Apartatu hori aztertu aurretik, aipatu behar da apartatuaren hasieran legeari buruz egiten den aipamenak, "Legearen arabera", ez duela interpretatzen laguntzen, lege hori aurreproiektua izango delako.

Kasuei dagokienez, lehendabizi aurrekontu- eta antolamendu-arloko arauak aipatzen dira. Jarraian, honako hauek zerrendatzen dira: (I) interes publikoko arrazoi larriak; (II) jarduera ekonomikoan eragin garrantzitsurik ez izatea; (III) hartzaileei betebehar nabarmenik ez ezartzea; edo (IV) gai baten alderdi partzialak arautzea.

Antolamendu-arloko arauei buruzko salbuespenaren oinarria —5. apartatuan zehazten den salbuespenarena— da barne-dimentsioa dutelako herritarrei axola ez zaizkien arautzat hartzea beti, baina hurbilpen hori, herritarrek parte hartzeko eskubidea hedatzeko jokaleku berrian, litekeena da manuaren amaieran orain mugatzen diren baldintzak baino baldintza mugatuagoetan jaso behar izatea.

“Interes publikoko arrazoi larriak” ─arrazoi horiek behar bezala justifikatu beharko dira espedientean─ kasuan, arrazoi horien izaera dela medio, begien bistakoak eta objektiboak izango dira. **Oso mehatxatuta dagoen interes publikoa salbuespena baimentzen duen konstituzio-balioa da.**

Beste gauza bat da beste hiru kasuek merezi duten epaia. Arau-proposamen batek jarduera ekonomikoan eragin garrantzitsurik ez izateak ez du eragozten interes legitimoek herritarren bizitzako beste eremu batzuetan (politika, gizartea, kultura, ingurumena, eta abar) eragina eduki ahal izatea. Gauza bera esan behar da hartzaileei betebehar garrantzitsurik jarriko ez dien ekimenari buruz.

Erregulazio partzialak izateak ez du ezer aurreikusten erregulazio horien eraginpean egon daitezkeen pertsonen interes legitimoetan izan dezaketen eraginari buruz. Duela denbora asko gai edo sektore bat ez da arau bakar batean erregulatzen; horren ordez, erregulazio zatikatuak, partzialak eta sakabanatuak ezartzen dira orain askotan.

Hori guztia aztertutako salbuespenak praktikan zehazteko ikusten diren arazo objektiboak alde batera utzita, salbuespen horiek kontzeptu juridiko zehaztugabeetan oinarrituta zehazten baitira.

Berriro esan behar dugu zalantza erregelamendu-mailako arauak egin behar direnean funtsezko izapiderik egin behar ez den kasuen inguruan sortzen dela.

Horri gagozkiola, aztertzen ari garen hiru kasuetan aurretiazko jendaurreko kontsultari jarri zaizkion salbuespenen aztarna ikusten da. Salbuespen horiek APELren 133.4 artikuluan (azken apartatua) eta Gobernuari buruzko azaroaren 27ko estatuko 50/1997 Legearen 26.2 artikuluaren bigarren lerrokadan aurreikusten dira.

Baina, dagoeneko adierazi dugunez, **aurretiko kontsulta**, alde batetik, parte hartzeko konstituzio-printzipioaren adierazpen edo sakontze berri bat da, baina aurretiko **kontsultaren izaera eta entzunaldiarena ez dira berdinak** [EKren 10.a) artikulua]. Eta, bestetik, aurretiko kontsultaren **helburua ere desberdina da**: aurretiko kontsultaren helburua da jakitea gizarteak zer iritzi duen gai jakin bat arautzearen edo ez arautzearen egokitasunari buruz, eta, horregatik, salbuespenek beste zentzu bat daukate.

Jarduera ekonomikoan erregulazioen bitartez esku hartzea behar bezala aztertu behar den zerbait da, bereziki Zerbitzuen Zuzentarauaren transposizioaren ondoren, zerbitzu-jardueretan askatasunez sartzeari eta aritzeari buruzko abenduaren 23ko 17/2009 Legetik edo merkatu-batasuna bermatzeari buruzko abenduaren 9ko 29/2013 Legetik ondorioztatzen denaren arabera.

Europar Batasunaren ustez, jarduera ekonomikoaren sektoreetan erregulazioak ezartzeko erabakia arreta handiz aztertu behar da, eta eremu horietako batean ikusten da, hain zuzen ere, eraginpean egon litezkeen pertsonei eta erakundeei aurretiko kontsultak egitea ezinbes-

teko izapideak direla arauak egiteko erabakia behar bezala hartzeko, alde batera utzi gabe xedapen orokorrak egiteko prozesu osoan zehar entzun behar dela.

Beste bi kasuei dagokienez, aurretiko kontsulta biltzen duen arau bat egiteko erabakia hartu aurreko fasea aztertzen badugu, ikusiko dugu entzunaldiaren izapidea saihesteko oinarri gisa galtzen duten zentzua hartzen dutela kasu horiek.

Batzordeak uste du aztertutako hiru salbuespenak sakontasunez azaldu behar direla berriro.

186/2018 ABJI, par.: 426.etik 476.era

C) Txostenak

Bestaldetik, **genero-inpakturik ezak** aipatu zuzentarauetako lehenengoaren 2.1.a) apartatuan ezarritako salbuespenaren esparruan kokatuko luke proiektua; horretarako, ezartzen da **araudia egiteko eskumena duen organoak, genero eraginari buruzko txostena egin beharrean, genero-ikuspuntutik garrantzirik eza behar bezala justifikatzen duen txostena egin beharko duela**, zuzentarauen II. eranskinean ezarritako moduan; halaber, **Emakundek dagokion egiaztapen-txostena egingo du.**

137/2018 ABJI, par.: 44

D) Memoriak

Izen-hurbilketa batean xedapen orokorrak egiteko ezarritako izapideei jarraitu zaiela ematen duen arren, Batzorde Juridikoak, burututako eta egiaztatutako prozeduraren ondorioz, zenbait xehetasun egin behar ditu.

Proiektuaren edukia teknikoa da batez ere, eta gainera, bete beharreko baldintzak ezartzen ditu. Horrelako proiektuetan funtsezkoa da edukia azaltzen eta hautatutako aukerak justifikatzen dituzten txosten teknikoak izatea. Aztertzen ari garen kasuan, administrazio-espedientean ez dago halako txostenik, eta horrek zailago bihurtzen du irizpena jaso behar duen proiektuaren arrazionaltasuna eta proportzionaltasuna kontrolatzeko lana (Batzorde honek egin behar duena). Zalantzarik gabe, txosten laburrak arrazoi teknikoak jasotzen ditu, erakunde interesdunek edo eragindakoek aurkeztutako alegazioetako bati emandako erantzun eta iradokizunei lotuta, baina horiek ez dagozkio proiektu osoari, beraz, ezin dituzte aipatu txosten teknikoak ordezkatu.

Garrantzia handiko puntuak, espedientean **aipatzen ez direnak**, besteak beste, honako hauek dira: **jardungo den errealitatearen azterketa; langilerik gabeko instalazioen kopurua, gaur egun** (atarikoak honako hau dioen arren: "Azken urteotan, gorago aipatutako lege-aldaketa eta ibilgailuentzako gasolina eta gasolioak garestitzea direla-eta sortu dira mota horretako instalazioak leku

guztietan, kostuak murrizteko eta jendeari preziorik onena eskaintzeko”); **proportzioa, bestelako instalazioekin konparatuta** (langileak dituzten instalazioak zein autozerbitzukoak barne)**; eta langilerik gabeko instalazio berriak irekitzeko aukerari buruzko aurreikuspena**.

Era berean, ez dago langilerik gabeko erregimeneko hornikuntza-operazioek sortzen duten arriskua areagotzeari buruzko gogoetarik, kontuan hartzen ez bada oso sukoiak diren erregaiak manipulatzeak eragiten duen ageriko arriskuari buruzko aipamen orokorra eta tautologikoa; ez dago justifikatuta gaur egun aplikatu beharreko araudi orokorrari buruzko eranskina. Azkenean, ez da azaldu proiektuak ezartzen dituen neurriak orekatuak diren (batetik, gaur egungo teknikaren egoerarekin bat lortu nahi den babes handiena, eta bestetik, garrantzi handikoa den eta gidari guztiei, partikularrei zein profesionalei, eragiten dien sektoreko jarduera ekonomiko baten garapena errazteko nahia aintzat hartuta) edo zenbateraino diren beharrezkoak edo komenigarriak gasolina langilerik gabe saltzeko instalazioetarako, baina ez gainerako instalazioetarako.

Halaber, azpimarratu behar dugu, **espedientean esaten duena gorabehera ─proiektuak ez dakarrela horren ondoriozko administrazio-kargen igoerarik─**, Euskadiko Ekintzaileei eta Enpresa Txikiari Laguntzeko ekainaren 28ko 16/2012 Legearen 6. artikuluaren arabera, **kostua ebaluatzeko, administrazio-kargak aintzat hartzen direla, baita ekimen berri guztiek izan dezaketen eraginaren alde guztiak ere**. Ildo horretan, espedientean ez dago kalkulurik edo zenbatespenik erregai-zerbitzugune berriek edo baldintza eta betebehar berrietara egokitu behar dutenek ordaindu beharko duten kostua zehazteko. Dena den, espedientean jasotako memorietan aipamenik edo azterketarik ez dagoenez, zaila da aldez aurretik esatea ─teorikoki─ proiektua zentzu horretan esanguratsua izan daitekeen ala ez. Hori aztertzeko lana tramitatzaileari dagokio.

Argi dirudi **justifikazio-memoriak edo memoria ekonomikoak azterlan horiek jaso beharko lituzkeela, garrantzi ekonomiko nabarmena baztertzeko bada ere;** betekizun hori Xedapen Orokorrak Egiteko Prozedurari buruzko Legearen 10.3 artikuluaren azken esaldian ezarri da eta bat dator administrazio publikoen araugintza-ekimenei aplikatzen zaien erregulazio onaren printzipioarekin.

Honaino adierazitakoaren ondorioz, Batzordearen iritziz, **helarazi zaigun espedienteak ez du behar bezala egiaztatzen araudiaren premia eta egokitasuna**, eta gabezia hori proiektua Gobernu Kontseiluan aurkeztu baino lehen osatzea gomendatzen da.

144/2018 ABJI, par.: 31.etik 37.era

Amaiera-memoria

Amaitzeko, izapide-memoria bat egin da, EKLren kontsiderazioei erantzuna eman diena. Horri buruz, aipatu behar da **formalki ez dela prozedura osoaren memoria laburrik landu, XOEPLren 10.2 artikuluak eskatzen duen bezala**. Memoria horrek aurreproiektua doku-

mentu bakar batean izapidetzea erraztuko luke. Kontrara, **helburu horretarako, memoria partzialetara jo beharko da, zeinek funtzio hori behar bezala betetzen duten, nahiz eta espedientearen analisia zaildu.** Hori dela eta, tramitatzaileak bere solaskideei eskain diezazkieken erantzunez haratago, egokiagoa zatekeen, espedientea hobeto ulertu eta erabiltzeko, **bilakaeraren memoria labur bat egotea, egindako oharrei buruzko kontsiderazio desberdinak jasoko lituzkeena, baina dokumentu bakar batean jasota izapidetzen ari den testuaren justifikazio eta arrazoi desberdinak.**

176/2018 ABJI, par.: 83.

E) Langileen ordezkariekiko negoziazioa edo kontsulta

Memoria horrek, gainera, EKLk antzemandako bigarren prozedurazko gabeziari erantzuna jasotzen du:

> Langileen ordezkariei kontsulta egiteko, dekretuaren testua —zirriborroa— bidaltzen zaie, egokitzat jotzen diren alegazioak egin ditzaten. Proposatutako testua eta aurkez daitezkeen alegazioak Plangintza Batzorde Teknikoaren hurrengo bileran negoziatuko dira. Bilera eginda, izapidea egin dela egiaztatzen duten dokumentuak espedientean jasoko dira.

Batzordea bat dator negoziazioa beharrezkoa delako iritziarekin, XOEPLren 7.2 artikulua betez; izan ere, betekizun hori sailaren txosten juridikoan ere utzi zen agerian, orain dela asko igorritakoan.

Euskal Autonomia Erkidegoko unibertsitatekoez kanpoko irakaskuntzarako irakasleen kidegoei buruzko otsailaren 19ko 2/1993 Legearen 7. xedapen gehigarrian jasotako aipamena ikusita —gaur egun, enplegatu publikoaren oinarrizko Estatutuaren Legearen testu bateginaren (urriaren 30eko 5/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartutakoaren) II. tituluko IV. kapituluari buruzko aipamena egin beharko litzateke—, ondoriozta daiteke **proiektuan azaltzen den gaia negoziatu egin behar zela, irakasleei ukitzen zaizkien irizpide orokorrak ezartzen baititu, langileez hornitzeari, ordainsarien erregimenari eta Institutuaren zuzendaritza taldea osatzen duten organoak onartzeari dagokionez** —37.1 c) artikulua— **eta, batez ere, eragina baitu Institutuko irakasleek beren lana egiteko dituzten baldintzetan, Institutuaren egitura berriak amortizazioa, aldaketak eta pertsona bakarreko gobernu-organoak sortzea dakarrelako** —37.2 a) artikuluko kontrasalbuespena—.

Printzipioz, **negoziaziorik eza oztopoa da prozedura bideratzearen aldeko irizpena emateko, eta gogorarazi behar da proiektuak Batzorde honen irizpena jaso behar duela, erabat osatu eta gero** (EABJLren 20.3 artikulua).

Alabaina, **negoziazioak proiektuaren edukian aldaketa nabarmenik ekartzen ez badu, hau da, "batzordeak egindako iradokizun edo proposamenekin bat ez datozen edo horiek gainditzen**

dituzten eduki berriak" gehitzea dakarren (EABJLren 29. artikulua) garrantzizko aldaketarik ez bada egiten, Legebiltzarrean aurkez daiteke, onar dezan. Bestela, Batzorde honi bidali beharko zaio, berriz kontsulta egiteko.

93/2018 ABJI, par.: 77.etik 81.era

F) Indarraldia

Indarrean jartzeko xedapenak

1. apartatuan Gobernuari buruzko azaroaren 27ko 50/1997 estatuko Legearen 23. artikuluaren lehenengo lerrokada eraman da testura, sektore publikoko araubide juridikoaren urriaren 1eko 40/2015 Legeak manu horri emandako idazketarekin.

Legeei dagokienez, etorkizuneko legegilearentzako mezu bat da eta erregelamendu-mailako arauei dagokienez, ordea, nahitaez bete behar den erregela da; horregatik, **zuhurtzia-arrazoiak direla medio, komenigarria da erregela ez aplikatzea justifikatzen duten arrazoiak daudenean araua salbuetsi ote daitekeen hausnartzea.** Ezarri nahi den erregela orokorraren eraginkortasuna gordetzeko egokitzat hartzen diren eskakizun materialei eta formalei heldu ahal izango die salbuespenak.

Dena den, errepikapenik ez izateko, hemen kopiatutzat eman ditzakegu Estatu Kontseiluak segurtasun juridikoaren printzipioaren ikuspegian erregela horri buruz eman zuen balioespen negatiboaren oinarri izan ziren argudioak.

Izan ere, arrazoitu zen sistema berriak ahalbidetzen duela **arauak indarrean jartzeko ordezko bi araubide izatea**: aurreproiektuak jasotzen duena, arauek araubide horretara egokitu beharko dute ezarritako edukiarekin (edukia baldin badute nahiz ez badute ezer ezartzen, baina araubidea aplikatu behar bazaie) eta **Kode Zibilean ezarrita dagoena**, karga edo betebehar berriak ezartzen ez dituzten eta indarrean jartzeari buruz ezer aurreikusten ez duten xedapen guztietan aplikatuko dena (Gobernuari buruzko ekainaren 30eko 7/1981 Legearen 64. artikulua biltzen duen erregela bera da).

Araubideen bikoiztasun horrek **zalantza handiak sortzen ditu arau batek bere ondoreak hedatu behar dituen unea ezartzeari buruz; baldin eta, edukiaren arabera, xedapen batek merezi duen kalifikazioaren araberakoa bada hori.**

Kalifikazio hori operadore juridiko bakoitzak egiten duen interpretazioaren araberakoa izango da eta horrek araua indarrean jartzeko uneari buruz desadostasun potentzial bat sortuko duenez, **balioespen negatiboa merezi du segurtasun juridikoaren printzipioaren ikuspegitik** (EKren 9.3 artikulua).

Arauen kalitateari buruzko gomendioekin bat etorriz, arauak indarrean jartzeko unea oso kontuan hartu behar den gai bat da, eta, beti, orokorrean, gomendatzen da berehalako indarraldia

saihestea. **Batzordearen ustez, *vacatio legis* delakoa konponbide egokiagoa da hartzaileek araua ezagutuko dutela bermatzeko.**

Baina ideia hori zuzenbide positibora kontu handiz eraman behar da, segurtasun juridikoa arriskuan jarri gabe. Beraz, iradokitzen dugu erregelamendu-mailako arau bakoitza indarrean jartzeari buruzko erabakia araua egin bitartean hausnartuko beharko diren elementuetako bat izatea ahalbidetuko duen formulazio bat balioestea. Formulazio horrek, gainera, ahalbidetuko du, kasu bakoitzean, erregulazioaren edukiari eta erregulazioa ematearekin lortu nahi diren helburuei hobekien erantzungo dien araubidea hartzea.

26. artikuluaren 2. atalean honako hau adierazten da:

> Salbuespen gisa, xedapen orokorrek atzeraeragina eman diezaiekete arauei, deusezatutako egintza edo xedapenen bat ordezteko direnean, eta interesdunari ondorio mesedegarriak dakarzkiotenean ere bai; betiere, batetik, egintzak eraginkortasuna izateko jarri den data berrian egitatezko baldintzak jadanik existitzen baziren, eta, bestetik, eraginkortasunak kalterik ekartzen ez badie beste inoren eskubideei edo bidezko interesei. Atzeraeraginezko efektuak berariaz egongo dira aurreikusita indarrean sartzea aurreikusten duen xedapenean bertan.

Ez da ezer azaltzen apartatua egiteko dauden arrazoiei buruz, eta horrek ez dio laguntzen Batzordeari, dagokion epaiketa egiteko orduan, Batzordeak ez baitaki arauen atzeraeraginari buruz orokorrean aplikatuko den erregela sartzearekin zer helburu lortu nahi den.

Hori aztertzerakoan, lehendabizi komeni da zehaztea **egintzei buruzko aipamena ez dela egokia.** Ikus dezakegu administrazio-egintzen atzeraeraginari buruzko erregela idaztean kontuan izan dela (APELren 39.3 artikulua), baina administrazio-egintzei buruzko aipamena ez dela egokia, erregelak arauen atzeraeragina aipatzen duelako.

Bigarrenik, gogorarazi behar dugu "xedapen orokorrak" hitzek legeak eta legegintza-dekretuak ere barnean hartzen dituztela.

Legeen atzeraeragina arautzen duten erregelak Konstituzioan ezarrita daude: EKren 9.3 artikulua ─25.1 artikuluarekin lotura duena─ eta 83. artikulua (artikulu horrek debekatzen du oinarriei buruzko lege batek ahalmena ematea Gobernuari lege-indarra duten dekretuak ematea atzeraeraginez).

Konstituzio Auzitegiaren doktrinaren arabera, legeen atzeraeraginik ezari dagokionez, atzeraeraginaren esanbidezko muga eskubide indibidualei buruzko lege zehatzaileei edo murriztaileei lotzen zaie. Bi eremu horietatik kanpo, EKren 9.3 artikuluaren arabera, ezer ez da eragozpen legegileak beharrezkotzat ikusten duen atzeraeragin maila emateko legeari. Kontrakoa egiten bada, ordenamendu juridikoa izoztu egingo litzateke (martxoaren 5eko 49/2015 KAE) eta arazoei erantzutea eragotziko luke.

Besteak beste, Konstituzio Auzitegiak apirilaren 10eko 42/1986 Epaian eta maiatzaren 21eko 65/1987 Epaian nabarmentzen du EKren 9.3 artikuluan aipatutako debekua atzeraeragina dela lege berriak dagoeneko itxita dauden ondore juridikoetan ─aurreko egoeretatik dagoeneko sortatutakoetan─ duen eragin gisa ulertuta. Atzeraeraginik eza subjektuaren ondarean dagoeneko finkatuta, hartuta eta txertatuta dauden eskubideei soilik aplika dakieke, ez, ordea, oraindik gauzatu gabe daudenei, etorkizunean egingo direnei, baldintzatuta daudenei edo itxaropenei (guztien artetik, ekainaren 11ko 99/1987 KAE eta azaroaren 2ko 178/1989 KAE).

Arau bat atzeraeraginezkoa da, EKren 9.3 artikuluaren kaltea izanik, dagoeneko finkatuta dauden harremanetan eragiten duenean eta bukatutako eta agortutako egoerei eragiten dienean. Berezkoa ez den atzeraeragina, bukatu gabe dauden egoeretan eragiten duena, legegileak ezar dezake ez delako sartzen konstituzio-manuan debekatuta dagoen atzeraeraginaren eremuan, iraganarekiko ondore ablatibo edo peioratiborik ez duten xedapenek beren berehalako eraginkortasuna etorkizunerantz hedatzen dute, nahiz eta horrek oraindik hasita dagoen harreman edo egoera juridiko batean eragina izatea eskatu (abenduaren 17ko 270/2015 KAE).

Erregelamendu-mailako arauen atzeraeraginik ezari dagokionez, gaur egun, jurisprudentziak (besteak beste, 1998-09-16ko eta 1999-05-17ko, 2002-06-07ko, 2003-06-03ko, 2004-07-02ko eta 2005-05-17ko AGEak) ez du arau horien atzeraeraginaren debeku orokorra aldarrikatzen, baizik eta hiru atzeraeragin-maila bereizten ditu ─gehienekoa, ertaina eta gutxienekoa─, eta adierazten du azken maila hori modu baketsuan onartu dutela Konstituzio Auzitegiak eta Auzitegi Gorenak.

Aurreproiektuaren apartatuaren azterketan *a limine* baztertu da aurreproiektuak legeen atzeraeraginari buruzko erregulazio bat izateko aukera; **Batzordearen ustez ere aurreproiektuak ezin ditu ezarri erregelamendu-mailako arau bat atzeraeraginezkoa izateko behar diren baldintzak eta betekizunak.** Xede horrek berekin duen zailtasuna alde batera utzita (muga eta egiteko baldintzak jurisprudentziak ezarri behar dituelako ─kasuz kasu─), eduki horrek gainditu egiten du arauak emateko prozedura finkatzea xede duen arauaren eremu naturala, **eta eskumen-arloko arazoak sortzen ditu.**

Atzeraeragina gai substantibo bati dagokio, arauak dagokion garaian aplikatzeaz arduratzen den erakunde juridiko bati buruzkoa da. **Haren erregulazio bakarra zuzenbide positiboan, konstituzio-testuaz gain, Kode Zibilaren 2.3 artikuluan dago, EKren 149.1.8 artikuluak soilik Estatuari esleitzen dizkion arauen eraginkortasun- eta aplikazio-eremukoa den erregela gisa.**

186/2018 ABJI, par.: 537.etik 555.era

II. Administrazio-egintzen administrazio-prozedura erkidea

A) Gai orokorrak

APELren 28.2 artikuluak honako hau ezartzen du:

> 2. Interesdunak ez daude beharturik administrazioren batek egina den agirien kopiak ekartzera, nahiz agiri horiek prozeduran aurkeztea nahitaezkoa izan nahiz aukerakoa izan, betiere interesdunak onespena adierazia badio agiri horiek kontsultatzeari edo ateratzeari. Kontsultatzea edo ateratzea interesdunek baimendua delako presuntzioa egingo da, ez badute prozeduran kontrakotasun argia adierazi edo aplikatzekoa den lege bereziak ez badu agintzen adostasuna esanbidez adierazi beharra dagoela.
>
> Interesdunaren kontrakotasunik ezean, administrazio publikoek elektronikoki eskuratu beharko dituzte dokumentuak, beren sare korporatiboen bitartez edo datu-bitartekaritzarako plataformei edo hartarako prestatutako beste sistema elektronikoren bati kontsulta eginez.

Artikulu hori egindako beste urrats bat da **interesdunen eta administrazio publikoen arteko harremanak errazteko bidean, eta azken horiek errealitate berrira egokitzera behartzen ditu: herritarrek ez dute administrazio publiko batean egindako edo administrazioaren eskutan dauden agiriak aurkeztu beharko; hala ere, zehaztu behar da horrek ez duela kentzen espedientean sartu nahi den dokumentazioa aipatzeko beharra**. Hori dela eta, **APELk lortu nahi duena interesdunari dokumentu zehatz bat aurkezteko betebeharra kentzea da; baina, inola ere ez du salbuesten espedientean jaso nahi den dokumentua alegatu eta aipatzeko betebeharretik**. APELren berrikuntza handia zera da: **kontsultatzea edo ateratzea interesdunek baimendua delako presuntzioa egingo da, ez badute prozeduran kontrakotasun espresua adierazi edo aplikatzekoa den lege bereziak ez badu agintzen adostasun espresua adierazi beharra dagoela.**

(…)

Halaber, ohartarazi behar dugu APELren 28.2 artikuluaren aipamenak, **"edozein administrazio publikok egindako agiriak", ez dituela barnean hartzen ebazpen jurisdikzionalak, horiek jurisdikzio-organoek ematen dituztelako, hau da, botere judiziala osatzen duten organoek**, ez administrazio publikoek.

105/2018 ABJI, par.: 64.etik 69.era

B) Instrukzioa

Interesdunen entzunaldia

Bigarrenik, **enpresak alegazioak aurkezteko epea luzatzeko eskatu zuen**, administrazio publikoen administrazio-prozedura erkideari buruzko urriaren 1eko 39/2015 Legearen 32. artikuluan xedatutakoaren babespean. **Eskaeraren arabera, kontratua betetzean sortutako gatazkaren izaera nagusiki teknikoa da, eta ez du beste batzuen eskubiderik kaltetzen.**

Udalak gaitzetsi egin du alegazioak aurkezteko emandako epea luzatzeko eskaera, ez dela beharrezkoa esanez, eta hautazko eskumena delako. Hain zuzen ere, hauxe adierazi du: "kontratua suntsiarazteko espedientea hasteko arrazoia argi eta garbi azaltzen denez, eskatutako luzapena ez da beharrezkoa".

Batzorde honek gaineratu behar du administrazio-prozeduren **epeen luzapenari buruzko erregulazioak**, gaur egun, APELren 32. artikuluan jasotakoak (herri administrazioen araubide juridikoaren eta administrazio prozedura erkidearen azaroaren 26ko 30/1992 Legearen 49. artikuluan ezarritakoaren berdintsua) **ematen diola Administrazioari ezarritako epeak luzatzeko ahalmena (baina ez betebeharra)**.

Arau horri dagokionez, **lehiaren defentsan espezializatutako organoak doktrina bat** garatu du, kasu honi aplika dakizkion argudioak erabiltzen dituena (erreferentzia moduan, azaroaren 13ko bi ebazpenak, Merkatuen eta Lehiaren Batzorde Nazionalarenak, R/AJ/0318/14 eta R/AJ/0317/14 espedienteak).

Aipatu kasuetan ohartarazi denez, gaur egungo APELren 32. artikuluaren enuntziatutik eta prozedurari buruzko gainerako aurreikuspenekiko loturatik administrazioak epea luzatzea erabakitzean bete behar duen araubide juridikoa definitzen duten hainbat ohar atera behar dira:

a) Batetik, administrazio jardulearen guztiz hautazkoa den ahalmena da, arauaren hitzez hitzeko interpretazioak egiaztatzen duen moduan: epeak luzatzea "erabaki daiteke", ez "erabakiko da". Hau da, araututako jarduketen kasuan gertatzen den ez bezala, Administrazioa ez dago derrigortuta eskatzen den luzapena automatikoki ematera, baizik eta aipatu izapidea salbuespenezkoa den, eta hortaz, luzatu behar den balora dezake.

b) Bigarrenik, legez aurreikusitako epea luzatzeko aukera ez da interesdunen eskubide bat, Administrazioak —kasu honetan, udalak— eskaera jaso ondoren erabaki behar duena. Aitzitik, administrazio-prozedura batean parte hartzen duten guztiek izapide bakoitzeko ezarritako epeak bete behar dituzte, APELren 29. artikuluan xedatu bezala: "Lege honetan edo beste batzuetan ezarritako epe-mugak eta epeak bete beharrekoak dira gaiak izapidetzeko eskumena duten administrazio publikoetako agintari eta langileentzat eta gai horietako interesdunentzat".

c) Hori dela eta, hirugarrenik, **administrazio-organo eskudunak epea luzatzea erabakitzen badu, erabakia behar bezala justifikatu behar da, Administrazioak eraginkortasunaren printzipioa bete behar duelako, hau da, legez ezarritako epeak bete eta horien barruan ebatzi behar duelako, hain zuzen ere, administratuen intereserako** (EKren 103.1 artikulua).

d) Laugarrenik, APELren 32.1 artikuluan xedatutakoarekin bat, **epea luzatzeak salbuespen izaera du, eta hura gomendatzen duten baldintza batzuk eman behar dira, eskatzaileak egiaztatu beharko dituenak**. Zalantzarik gabe, inguruabarrak salbuespenezkoak diren ala ez prozedura bideratzen duen organoak erabaki behar du.

e) Bosgarrenik, epea luzatzeko eskaera onartzen ez bada ere, horrek ezin du akatsik eragin prozeduran, legeak dagoeneko ezarri baitu epe zehatz bat alegazioak aurkezteko eskubidea gauzatzeko; epe hori, oro har, interesdunak bere intereserako komenigarria dena adierazteko egokia dela jotzen da. Aurrekoarekin koherentzian, APELren 32. artikuluaren 3. apartatuak honako hau dio: "Epeak luzatzeari edo hori ukatzeari buruzko erabakien kontra ezin daiteke errekurtsorik jarri".

f) Azkenik, aztergai dugun esparru bereziari dagokionez, Erregelamenduaren 109.2 artikuluak ezartzen du kontratuak suntsiarazteko espedienteetan nahitaezkoak diren izapide eta txosten guztiak premiazkotzat joko direla eta lehentasuna izango dutela dagokion organoak bideratzeko orduan; hortaz, behar bezala egiaztatutako arrazoiek bakarrik justifika dezakete legez ezarritako epeak luzatzea. Kasu honetan, organo instruktoreak ez ditu kontuan hartu enpresak azaldutako arrazoiak —konplexutasun teknikoa—; baina hori ez da oztopo izan kontratistarentzat, bere alegazioak ikusita, espedientea aztertzeko eta oinarri sendoak dituzten alegazioak aurkezteko.

21/2018 ABJI, par.: 13.etik 17.era

Froga

MAPU andreak —erreklamaziogileak— Bergarako Udaltzaingoaren bulegoetan lekukotasuna egin duenez, bere erreklamazioaren oinarri diren egitateak frogatzeko, logikoa dirudi **lekukotasuna berriz ematea ez dela beharrezkoa adieraztea**.

3/2018 ABJI, par.: 31.

Ildo horretan, esan behar da **prozesu penaletako jarduketek agiri-frogaren eraginkortasuna izan dezaketela administrazio-prozeduran**.

Are gehiago, gure iritziz, **zigor arloko prozesuan frogatutako egitateak halabeharrezko oinarri faktikoa dira espedientea ebazteko, jurisdikzio horren nagusitasuna onartzen bada;** izan ere, Konstituzio Auzitegiaren 77/1983 Epaiak —KAE—, urriaren 3koak, ezarri zuenez, egitate batzuk ezin dira existitu eta ez existitu estatuko organoentzat —nagusitasun hori zigor arloan espresuki adierazten du APELren 77.4 artikuluak; horren arabera, zehapen-prozeduretan, ebazpen judizial penal irmoz frogatutzat jotako egitateak lotesleak izango dira administrazio publikoentzat berek bideratzen dituzten zehapen-prozedurei dagokienez—.

Oro har, **kondena-epaia eta absoluzio-epaia bereizi behar dira, ezinbesteko oinarria, lehenengo kasuan, zentzu positiboan, ukitutako tipo penaleko (penaletako) kasu faktikoek zehaztuko baitute; bigarren kasuan, aldiz, zentzu negatiboan, egitaterik ezak zehaztuko**

du oinarri hori, baldin eta erantzukizuna sor dezakeen egitaterik ez dagoela deklaratzen bada, edo pertsona bat ez dela egitatearen egilea izan frogatzen bada.

51/2018 ABJI, par.: 15.etik 17.era

Aztertu behar den gai bakarra **frogaren garapena da, erreklamaziogileak defentsarako eskubidearen urraketari buruzko alegazioaren arrazoia izan delako.**

Erreklamazio-idazkian honako jarduketa hauek azaldu ziren: (i) egitateak gertatu zirenean alkatea zen pertsonaren lekukotasuna eta harresiaren obra egin zuen enpresaren legezko ordezkariaren lekukotasuna; eta (ii) udalak espedientean sartzea eskudela kokatzeari buruzko dokumentazioa eta lurra titulartasun publikokoa ala pribatukoa den zehazteko kontratatutako peritu-txostena.

Organo instruktoreak, APELren 77.3 ezarritakoarekin bat, arrazoiak emanez, ez zituen frogak onartu; hala ere, une berean, garai hartako alkateak hitzezko epaiketan (1004/2016-C, Gasteizko Lehen Auzialdiko Epaitegian) emandako lekukotasunaren grabazioa (CDan) aurkezteko eskatu zitzaion erreklamaziogileari, espedientean jasotzeko asmoz.

Instrukziogileak aurkeztutako frogak ezeztatzeko eman zituen arrazoiak aztertuta, Batzordearen iritziz, egokiak dira, eta ukapenak ez du defentsa-gabezia egoerarik eragiten, jurisprudentziak eskatzen duen zentzu materialean.

Izan ere, **erantzukizuna onartzeko garrantzitsuak diren egitateekin lotuta dagoen froga bakarra egitateak gertatu zirenean alkatea izan zenaren lekukotasuna da; froga hori, formalki ez bada ere, onartu egin da, lekukotasunaren grabazioa espedienteari erantsi denean, egoitza judizialean.**

140/2018 ABJI, par.: 31.etik 35.era

Eta, proposamenean emandako arrazoia ikusita, gogorarazi behar da, bigarrenik, erreklamazioa aurkeztu duen pertsonaren senarra izatea **ez dela arrazoia bere lekukotasun osoa baztertzea justifikatzeko**. Lekukoak narriopean jartzea (Prozedura Zibilaren Legearen —PZL— 377. artikulua) dagokion lekukotzaren balorazioa alda dezakeen mekanismoa da; lekukotza, edonola ere, kritika zintzoaren arauak betez baloratu behar da, horiek emandako jakintza-modua, lekukoon inguruabarrak, eta, hala denean, aurkeztu narrioak eta narrioen gainean gauzatu frogen emaitzak kontuan hartuta (PZLren 376. artikulua).

146/2018 ABJI, par.: 15.

Ebazpen-proposamena, lehen esan bezala, **erorketari eta inguruabarrei buruzko frogarik eza erabiltzen du erantzukizuna ukatzeko lehenengo argudio gisa;** kontu hori erreklamaziogileak egiaztatu behar du, **lekukoaren deklarazioari eta udaltzainen txostenari baliorik eman gabe, baieztatu baita ez batak ez besteak ez zuela erorketa ikusi.**

Argudio nagusi hori indartu egiten da udaleko Obra Sailak egindako txostenaren edukiarekin; horren arabera, konoa ... ABEE egikaritzen ari zen "… kaleko auzoko bihotza finkatzeko" urbanizazio-obrakoa zen, eta ez udal obraren zuzendaritzak, ez eraikuntza-enpresak ez zuen gertatutakoaren berri, azken horrek jakinarazi zuenez.

Gainera, udalak enpresa bat kontratatu zuen aipatu obraren segurtasunaren eta osasungarritasunaren jarraipena egiteko, eta segurtasun eta osasun arloko koordinatzaileak aldizka bisitatu zuen obra eta Segurtasun eta Osasun Planean ezarritako segurtasun-neurriak betetzen zirela egiaztatu zuen; ez zuen antzeman inolako akatsik seinaleztatze- eta balizatze-baliabideei dagokienez; istripuaren bezperan egindako txostena erantsi da, irregulartasunik aipatzen ez duena.

Alabaina, Batzordea ez dator bat udalak emandako azalpenekin; Batzordearen iritziz, kexagileak behar bezala egiaztatu ditu erorketa eta horren inguruabarrak.

Udal administrazioak oinarri hartu dituen txostenetan azaldutako errealitatearen aldean, **udaltzainen txostenak erabateko sinesgarritasuna ematen dio kexagilearen bertsioari**.

Konbikzio-elementu gisa, istripuaren tokira bertaratu ziren bi agenteen txosten osoa aztertu behar da; halaber, gogorarazi behar da **udaltzainen txostenek inpartzialtasun eta objektibotasun ezaugarriak izan behar dituztela, eta espedienteak ez duela jasoko ezaugarri horiek zalantzan jar ditzakeen elementurik**.

146/2018 ABJI, par.: 27.etik 32.era

III. Administrazio prozeduraren espezialitateak

A) Administrazio-kontrataziorako prozedura

Abal-emailea izan daitekeen pertsonari eman behar zaion **entzunaldiari** dagokionez, izapide hori bete izana **ez dago jasota espedientean**. Bestalde, udal idazkariaren txostenak aurreikusi du kontratua ez betetzeak udalari ekar diezaiokeen kostu handiagoa kontratistari eskatzeko aukera. Kalte-ordain hori, hala badagokio, kontratistak ezarritako behin betiko bermearen kargura ordaindu beharko litzateke, hortaz, **ebazpenak ukitutako abal-emaileari** —kasu honetan, CASER aseguru-etxeari— dei egitea prozeduraren funtsezko elementua da, eta egiten ez bada, baliteke ebazpena baliorik gabe geratzea. Gure 2/2015 Erabakian aipatu genuenez, ondorio horietarako argigarriak dira Auzitegi Gorenaren epaiak (AGE), 2001eko

apirilaren 27koa (RJ 2001\3428) eta 2002ko ekainaren 11koa (RJ 2002\7931); azken hori kontratuei buruzko estatuko lege zaharraren esparruan eman zen.

38/2018 ABJI, par.: 10.

B) Ondare-erantzukizunaren erreklamazioak

Hasiera

AXA aseguru-etxeak gauzatzen duen jarduketa egiteko legitimazioari dagokionez, oro har, eta aseguru-polizaren baldintza orokorrak betez, **urriaren 8ko aseguru-kontratuei buruzko 50/1980 Legearen 43. artikuluan xedatu dela** (AKL) ohartarazten da. Artikuluak xedatzen duenez: "Aseguratzaileak, kalte-ordaina ordaindu ondoren, asegurudunari istripuaren ondorioz dagozkion eskubideak eta jarduketak gauzatu ahal izango ditu, istripuaren erantzuleen aurrean, kalte-ordainaren mugaraino".

Aurrekoak esan nahi du aseguru-etxeak, asegurudunari egotz dakizkiokeen kalteak ordaindu ondoren, udal administraziora jotzen duela ondare-erantzukizuna eskatzeko, AKLren 43. artikuluak esleitzen dion subrogazio-akzioa erabiliz, asegurudunaren eskubide eta akzioetan subrogatua geratzen delako. Ondorioz, jabe-erkidego asegurudunaren tokian geratzen da, ordainketaren bidez eskuratutako kreditua ordaintzeko. Jurisprudentzia-doktrinak baldintzarik gabe onartzen du aukera hori.

AKLren 43. artikuluan aipatzen den subrogazioa **legezko subrogazioa** da, hau da, ***ope legis* gertatzen da, ordainketa egin eta gero**. Alabaina, aztertzen ari den kasuan, AXAren arabera, **erreklamazio-idazkia aurkeztu zenean,** Bilboko Arkeologia Museoaren aseguru-etxeak eta Santiago-Bide Lagunen Elkarteak dagoeneko jasoa zuten kalte-ordaina (7.857,60 € eta 3.000 €, hurrenez hurren), **baina gainerako kaltedunei dagozkien kalte-ordainak geratzen ziren ordaindu gabe** (istripuari dagokion ordainketa-orria aurkeztu du —125. orrialdea—).

Hitz batez, **ez dago jasota aseguru-etxeak zuhaitzaren erorketaren ondoriozko kalte-ordain guztiak ordaindu zituenik**; hortaz, ez dago jasota, erreklamazioa aurkeztu arte behintzat, kontratua dela eta aseguru-etxeak eman behar duen prestazioaren ondorioz bere ondarean kaltea —orain udal administrazioari eska dakiokeena— jasan zuenik.

AKLren 43. artikulua irakurrita, eta gaiari buruz behin baino gehiagotan emandako jurisprudentzia-doktrinarekin bat (Auzitegi Gorenaren epaiak: arlo zibileko sala, 2008ko urriaren 1eko —RJ 2009\134 AGE—; 2013ko ekainaren 12ko RJ 2013\3945 AGE eta 2013ko azaroaren 19ko RJ 2013\8455 AGE, besteak beste), ezinbesteko **hiru baldintza daude aseguru-etxe batek asegurudunari dagozkion jarduketak burutu ahal izateko**: I) **aseguratzaileak asegurudunari kaltea ordaintzeko** (edo kaltea konpontzeko) betebeharra betetzea, bien artean **sinatutako kontratua betez**, bertan ezarritako mugetan. Horretarako, asegurudunarekin lotzen duen poliza aurkeztu behar du, istripuaren egunean aseguru-kontratu bat zegoela egiaztatzeko; bigarrenik, **ordainketa**, eta horrekin batera, legitimazio aktiboa, bere eskuetan dagoen doku-

mentazio guztia emanez, aldebakarreko agiriak saihestuz; ordainketa polizaren estaldurarekin bat egingo da, bertan jasotako kalte-ordainen mugetan; II) **asegurudunaren aldeko kreditu bat egotea erantzukizuna duen hirugarren baten aurka**, kalte-ordaina eragin zuen kalte beraren ondorio gisa; eta III) **aseguratzailearen borondatea asegurudunaren ordez eskubide eta akzioak hartzeko.**

Betekizun legitimatzailea, aseguru-etxeak AKLren 43. artikuluan ezarritako subrogazioaren bidez erreklamazioa gauzatu ahal izateko, eratuta dago, aldez aurretik dagokion kalte-ordaina ordaindu zaiolako asegurudunari; **hori kontuan hartuta, ondorioztatu behar da AXAk** (bestelakoa egiazta dezakeen frogarik ezean) **ez duela beharrezko legitimaziorik administrazio publikoak ondare-erantzukizunaren jardunean subrogatzeko, ez baitu ondare-kalterik izan** asegurudunarekin sinatutako kontratuari jarraikiz eman behar duen prestazioaren ondorioz.

119/2018 ABJI, par.: 28.etik 33.era

Erreklamatzeko epea

Kasu honetan, **erreklamaziogileak 2015eko apirilaren 14an ezkerreko begiko ikusmena galdu zuen, atzerabiderik eta sendatzeko modurik gabe; berak esandakoaren arabera, eta erreklamazioa 2017ko martxoaren 22ra arte aurkeztu ez zuela kontuan hartuta, argi dago gainditu egin dela ondare-erantzukizuna eskatzeko epea.**

Ikusmen-galera hori, esan bezala, **kalte iraunkortzat** jo daiteke; izan ere, egiaztatu denez, une horretatik aurrera erreklamaziogileak argiak hauteman ditzake, eta hori ere ez oso ondo, eta ez du ikusmen-zolitasunik. Beraz, egonkortu egin dira erreklamazioaren arrazoia diren ondorio kaltegarriak, eta agerian geratu da aldaketarik izan ez duen osasun-kaltearen behin betikotasuna.

Auzitegi Gorenaren doktrinaren arabera, "badira gaixotasun batzuk osasuna ezin itzulizko moduan urratzen dutenak; halakoetan, legezko aurreikuspen bat tartekatzen da, hots, erantzukizun-akzioaren egikaritza, *actio nata*ren printzipioari jarraiki, sekuelen norainokoa zehazten den unetik egin behar dela, nahiz eta akzioa egikaritzeko unean osasuna guztiz berreskuratu gabe izan, zeren eta gertaturiko kaltea aurreikusteko modukoa baita bilakaerari eta zehaztapenari dagokienez, eta, beraz, zenbatesteko modukoa" (2010eko maiatzaren 13ko RJ 4971/2010 AGE eta 2011ko ekainaren 28ko RJ 5592/2011 AGE).

Besterik da kalte jarraituen kasua, egunero-egunero agertzen baitira: osasunarentzako ondorioak ezin direnez *ab initio* neurtu, kalteen nondik-norakoaren berri izan arte itxaron behar da, edo, aipatu legezko manuak dioenez, "sekuelen norainokoa". Halakoak dira "aurretik bilakaera sumatu ezin zaien gaixotasunak edo hasieran diagnostikaturiko gaixotasunak jatorrian ezin aurreikusizko sekuelak dakartzan kasuak" (2011ko urriaren 24ko RJ 1444/2012 AGE).

Erreklamaziogilearen kasua kalte iraunkorra izango litzateke, geroago anbulatorioan begien azterketak egin behar izan arren. 2011ko ekainaren 8ko AGEri jarraikiz (RJ 5592/2011), honako hau gainera daiteke:

> Eta ondorio horrek ez du indarra galtzen, alta jaso ondoren anbulatorioko tratamendua jasotzen jarraitu zuela argudiatu arren, aipatu ondorioak kontrolatzea baitzen tratamenduaren helburua, eta horiek dagoeneko bazituen alta jaso zuenean.

Hitz batez, ikusmen-galera kalte iraunkorra da, atzeraezina eta sendaezina; horren ondorioak ondo baino hobeto jakin ziren 2015eko apirilaren 14an, egoera onuragarrienean, kexagileak endoftalmitisaren aurkako tratamendua amaitu eta ─ebakuntza kirurgikoa izan ondoren─ ospitaleko alta jaso zuenetik, data horretan aurreikusteko modukoak baitziren, eta 2018ko urtarrilaren 18ko AGEk (RJ 166/2008) dioenez:

> Esan bezala, data horretatik aurrera ezin hobeto zehaztuta zeuden sekuela horiek ezin dira nahastu kexagileak ─zoritxarrez─ horien ondorioz jasan ditzakeen eramankizunekin, denboran zehar alda daitezkeenekin.

Batzordearen ustez, ezinezkoa da epeari irekita eustea mugarik gabe, aipatu prozesuaren bilakaeragatik; izan ere, behin betikoak dira infekzioaren sekuelak eta ez dute inolako bilakaerarik izan urte horietan, aurkeztutako txosten medikotik ez da besterik ondorioztatzen behintzat, eta emaitza lesiboa iraunkorra da, arreta medikoa hartzen jarraitu behar duelakoa gorabehera.

87/2018 ABJI, par.: 50.etik 56.era

Bestalde, **ekintza gauzatzeko epea ez da aldatzen, kalteduna ezgaituta badago.**

Auzitegi Gorenaren 2011ko ekainaren 21eko epaiak (RJ 5491/2011) dioenez:

> Zalantzarik gabe, pertsona horrek Zuzenbide Zibilaren arabera jarduteko gaitasunik ez duenez, erreklamazioa aurkezteko epea hasteko behar den ezagutza haren ordezkari aritzeko gaitasuna duenari eskatu behar zaio.

> Kode Zibilaren 1932. artikuluko II. paragrafotik ("Gizabanakoek ezin badituzte euren ondasunak administratu, eskubidea dute, beren ordezkari legitimoen aurka erreklamazioa egiteko, baldin eta ordezkarion zabarkeria izan bada preskripzioaren arrazoia; eskubide horri ezin zaio inoiz kalterik egin"), 1969. artikuluari lotuta ("Mota guztietako akzioen preskripzio-epea zenbatuko da, bestelakoa ezartzen duen xedapen berezirik izan ezean, akzio horiek egikaritu ahal izan diren egunetik"), ondorioztatzen da, hain zuzen ere, akzioak gauzatzeko behar den ezagutza, hau da, aztertzen den kasuan, kalte-ordaina jasotzeko eskubidea determinatzen duen (…) eta inguruabarrei buruzko ezagutza jarduteko gaitasuna duenari dagokiola, hau da, zuzenean zein adingabearen edo ezgaituaren

izenean legezko ordezkari gisa jardun dezakeen pertsonari, adin-nagusitasunera heldu ondoren gauza ditzakeen akzioak galarazi gabe.

Gainera, **baimen judiziala aldez aurretik eskatu gabe aurkeztu ahal izan zuen erreklamazioa**; halako kasuan, administrazio instruktoreak errekerimendua egin behar izan zuen eskaera APELren 68.1 artikuluan ezarritako hamar eguneko epean edo, errekeritutako dokumentua aurkezteko zailtasun bereziak egonez gero (APELren 68.2 artikulua), epe luzatuan ─gehienez ere bost egun gehiago─ zuzentzeko.

Administrazioarekiko auzien jurisdikzioan ondare-erantzukizuneko erreklamazio bat aurkezten denean egin badaiteke, 2011ko martxoaren 25eko AGEtik (RJ 2570/2011) ondorioztatzen denez, are gehiago, posible izango da administrazio-bidean, epea laburra izan arren:

> Alabaina, eskaera zuzentzeko epea hamar egunekoa dela aintzat hartuta ere, ezin dugu onartu auzitegiaren a quo ebazpena; izan ere, ab initio, ezin da ukatu baimen judiziala lortzeko prozedura ─horren bakuntasuna kontuan hartuta─ hamar eguneko epean, baita epe laburragoan ere, bideratu eta ebazteko aukera. Ministerio Fiskalari eta tutoretzapekoari entzutea, izan ere, idazkia aurkezten den egunean bertan egin daiteke, baimena eskatuz, eta, esan gabe doa idazkia zuzentzeko errekerimendua egiten den egunean aurkez daitekeela. Ministerio Fiskalari eta tutoretzapekoari entzun ondoren, jurisdikzio-organoak ebazpena eman dezake, txostenik eskatzen ez badiote edo txostenak eskatu beharrik ez dagoela ofizioz erabakitzen badu; hala ere, txostenak eskatzen badira, berehala edo hamar egun baino lehen bidali behar dira.
>
> Are gehiago, aipatu behar da baimen judiziala eskatzeko idazkia lehenbailehen, hau da, zuzenketa eskatu eta hurrengo egunean aurkeztu bada, eta aurkeztu izana egiaztatu bada, ezin da esan baimenezko betekizuna ez dela zuzendu, horrela, izapidetzean izandako atzerapena eskatzaileari egotziko bailioke.
>
> **87/2018 ABJI, par.: 57.etik 60.era**

Ondare-erantzukizuneko erreklamazioa jartzeari dagokionez, idazkia 2017ko otsailaren 27an aurkeztu zen, hau da, sobera gainditu zen APELren 67.1 artikuluan ezarritako urtebeteko epea, heriotza 2015eko maiatzaren 27an gertatu baitzen.

Erreklamazioa hasieran gaitzetsi egin zen, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuko zuzendari nagusiaren abuztuaren 4ko 1081/2017 Ebazpenaren bidez (irailaren 5ean jakinarazi zen), **ez baitzituen betetzen APELren 67. artikuluan ezarritako baldintzak** ("zehaztu beharko da zer kalte gertatu diren, zer kausa-lotura dagoen haien eta zerbitzu publikoaren funtzionamenduaren artean, ondare-erantzukizunaren ebaluazio ekonomikoa, ahal bada, eta zer unetan gertatu zen egiazki kaltea") eta ez baitzen egiaztatu "erreklamazioa kalte-ordaina ekarri zuen egitatea ─dirudienez, JEBV jaunaren heriotza─ izan zenetik urtebeteko epean aurkeztu zela". Hala ere, aipatu ebazpenak hamar eguneko epea

eman zion, hutsune horiek zuzentzeko. Hala egin ezean eskaria ezetsitzat joko zela jakinarazi zitzaion.

Errekerimenduak erantzuna jaso zuen, epeari dagokionez; hain zuzen, 2017ko irailaren 6ko idazkiaren bidez (hilabete bereko 13an jaso zen erregistroan), jakinarazi zen aurretiazko eginbideak egin zirela Barakaldoko Instrukzioko 4 zenbakiko Epaitegian (1707/2015 Aurretiazko Eginbideak), eta gero, Bilboko Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegian (13/2016 Aurretiazko Eginbideak); halaber, APELren 68. artikulua aipatu zen preskripzioa etetea arrazoitzeko.

Ondorioz, Osakidetza-Euskal osasun zerbitzuko zuzendari nagusiak beste ebazpen bat eman zuen (1573/2017 Ebazpena, abenduaren 29koa, 2018ko urtarrilaren 24an jakinarazi zena); horren bidez, erantzukizuna eskatzeko jarritako erreklamazioa izapidetzeko onartu zen, eta, aldi berean, erreklamazioa zuzentzeko agindu zen; besteak beste, ebazpen judizialen kopia aurkezteko eskatu zen, eta lehenago aipatutako eginbideen egoeraz galdetu zen.

Horri erantzunez, 2018ko urtarrilaren 30eko idazkia aurkeztu zen (otsailaren 1ean jaso zen erregistroan). **Aurkeztutako kopiek ez dute behar bezala argitzen aurretiazko eginbideen arrazoia, baina itxura guztien arabera, JEBV jaunak … udal-barrutian dagoen metro-geltokian sartzeko eskaileretan izan zuen istripuaren inguruabarrak argitzeko akzioak ziren** (…). Horrek honako hauek ekarri du ondorioz: Barakaldoko Instrukzioko 4. Epaitegia Bilbon eskumena duenaren alde ─lurraldearen araberako eskumena─ inhibitzea; txandako epaitegiak (Bilboko Instrukzioko 1. Epaitegia) ez onartzea; Bizkaiko Probintzia Auzitegiaren autoa, eskumen-arazo negatiboaren kontua ebatzi eta Barakaldoko epaitegia eskuduna dela erabaki zuena, egin daitezkeen eginbideen emaitzaren ondorioz egitateak izan ziren lekua zehaztea eragotzi gabe; eta, azkenik, berriz inhibitzea, Bilboko Instrukzioko 1. Epaitegiaren alde, erorketa ....(e)ko metro-geltokian gertatu zela erabakita; amaitzeko, Bilboko Instrukzioko 1. Epaitegiak autoa eman zuen, 2016ko abenduaren 11n, behin-behineko largespena eta artxibatzea erabakita. Bilboko Audientziak berretsi egin zuen ebazpena.

Ondorioz, **aurkeztutako dokumentazio partziala ikusita, eta kexagileak gaiari buruzko azalpenik eman ez duenez, Batzordearen iritziz, aurretiazko eginbideen helburua ez da JEBV jaunak H1 Ospitalean jaso zuen osasun-laguntzari lotutako kontu bat argitzea izan, ospitalean sartzea eragin zuen istripuaren inguruabarrekin zerikusia duen kontu bat argitzea baizik. Beraz, horietatik, ezin da ondorioztatu preskripzio-epea etetea**, eta ondorioz, erreklamazio hau epez kanpokoa dela deklaratu behar da, gainditu baita APELren 67.1 artikuluak ezarritako epea.

162/2018 ABJI, par.: 25.etik 30.era

Instrukzioa

Ez dago jasota, hala ere, **kaltea eragin omen zuen administrazio-zerbitzuaren txostena**, kasu honetan, H1 ospitaleko ginekologia eta obstetrizia zerbitzuaren txostena.

Erregelamenduaren 10.1 artikuluarekin bat, txostena nahitaezkoa da, "kasu guztietan" eskatu behar delako.

Ondo dago gogoraraztea **txosten hori izapide nagusia dela erantzukizunak argitzeko prozeduran. Jurisprudentziak eman dion garrantziarekin bat, eskatzeko beharra, laburbilduz, txostenaren xedetik dator; izan ere, bere helburua da erantzukizunak argitzeko prozeduran zehar, kaltearekin zerikusia duen zerbitzu publikoaren funtzionamenduari buruzko datuak eta inguruabarrak ematea, horiek ezagutzea beharrezkoa baita kaltearen eta zerbitzuaren arteko kausazko loturarik egon zen erabakitzeko, baita zerbitzuaren funtzionamendua normala ala anormala zen esateko ere**. Hitz batez, Administrazioak egiaztatu behar du zerbitzu publikoak zer egoeran funtzionatzen zuen, erreklamazioan adierazitako inguruabarrak eta egitateak aintzat hartuta.

Hala ere, kasu honetan, **erditzean (eta geroago) parte hartu zuten osasun-langileen deklarazioak erantsi zaizkio aurretiazko eginbideen espedienteari**, hain zuzen, emaginaren deklarazioa, barne medikuarena eta erditzeen ataleko mediku titularrarena (biak ginekologiako espezialistak), eta pediatrenak (erditzeen ataleko pediatra, plantako pediatra eta umea jaio eta 48 ordutara ikusi zuen pediatra, ospitaleko alta ematean).

Hori dela eta, Batzordearen arabera, aztergai dugun kasuan, **deklarazio horiei esker, kaltea eragozten zaion zerbitzuak informazioa eman duela esan daiteke.** Gainera, Batzordeak egin ez den izapidearen bidez lortu behar zen informazioa dauka.

Bestalde, erabaki horrekin, saihestu egiten dira administrazioak erreklamazioari buruz eman behar duen erabakia une honetan atzeratzeak interesdunei eragin diezazkiekeen ondorio negatiboak.

Ikuskatzailetza Medikoaren txostena ere ez dago, 2018ko urtarrilaren 10eko Erabakiaren bidez (prozedura instruitu egin dela deklaratzen duena eta erreklamaziogileei entzunaldi-izapidea ematen diena), instruktoreak 331/2014 Aurretiazko Eginbideetako testigantzan jasota dagoen dokumentazioak ebazpena emateko nahikoa informazio ematen duela erabaki duelako.

49/2012 Irizpenean dagoeneko adierazi genuenez, Osakidetzak Batzorde honetara bideratzen dituen ondare-erantzukizuneko espediente guztiei lotuta egon ohi den izapide hori ez betetzeak eskatzen du gogoraraztea Erregelamenduaren 10.1 artikuluaren arabera, organo instruktoreak kasu guztietan eskatu behar diola txostena kalte-ordaina jaso dezakeen kaltea eragin duen zerbitzuari, ebazpena emateko beharrezkotzat jo ditzakeen txosten guztiak eskatzeko aukera galarazi gabe.

Artikulu horrek hitzez hitz dioenetik ondoriozta daiteke **ustez kaltearen erantzule den zerbitzuak eman behar duena dela nahitaezko txosten bakarra; hortaz, Ikuskatzailetza Medikoaren txostena aukerakoa izango litzateke** eta instruktoreak ebazpena emateko beharrezkotzat edo komenigarritzat jotzen duenetan eskatu ahalko litzateke.

Bestalde, ez osasun-ikuskaritzari buruzko estatuko erregulaziotik (Osasunari buruzko apirilaren 25eko 14/1986 Lege Orokorraren 30. artikulua, eta 16/2003 Legea, maiatzaren 28koa, Osasun Sistema Nazionalaren kohesio eta kalitateari buruzkoa), ez autonomia-erkidegoko arauditik (80/2017 Dekretua, apirilaren 11koa, Osasun Sailaren egitura organikoa eta funtzionala ezartzen duena), ez da ondorioztatzen txosten honen nahitaezkotasuna.

Gauzak horrela, espediente honetan, eta zerbitzuaren txostenik ezean, komenigarria izango zen Ikuskatzailetza Medikoak egindako jarduketa guztien ikuspegi orokorra aztertzen duen txostena egitea; hala eta guztiz ere, Batzorde honen iritziz, **txostenik eza ez da prozedura baliogabe dezakeen akatsa, 331/2014 Aurretiazko Eginbideen espedientean jasota dauden hiru aditu-txosten medikoak kontuan hartuta**.

70/2018 ABJI, par.: 31.etik 40.era

Alabaina, **ez da onargarria ebazpen-proposamenak jasotzen duen kalte-ordainaren kalkulua**; horren arabera, kalteak "15.501,15 eurotan balioetsi ditu Udalaren Aseguru Konpainiak (kalte pertsonal partikular moderatua 224 egunez 11.677,12 euro, eta 5 sekuela-puntu 3.824,03 euro)…". **Batzorde honek ezin du esan balioespen horrekin bat dagoen ala ez, kalkulua ez baitzaio erantsi espedienteari, ezta kexagileari helarazi ere; era berean, azken horri ukatu egin zaio dagozkion alegazioak aurkezteko aukera, eta horrek, argi dago, defentsa-gabezia eragin ahal dio eskubideak erabiltzeko orduan.**

Hortaz, **Batzordeak ulertzen duenez, instrukzio-lanak jarraitu behar du** kalte-ordainaren zenbatekoa zehazteko, ordainduko den diru-kopuruak kalte guztiak estal ditzan. Aldi berean, aseguru-etxeak egindako balioespenak JMAM jaunari helaraziko zaizkio eta izandako kalteak eta horien balioa zehazteko eskatuko zaio.

90/2018 ABJI, par.: 39.etik 40.era

Hala ere, **gogoeta bat egin behar da, kaltearen zenbaketari lotutako frogari dagokionez. Kalteen balioespena, ebazpen-proposamenean jasotakoa, udalaren aseguru-etxeko zerbitzu medikoek egindako balioespenean oinarrituta dago**. Kexagilea bere borondatez aurkeztu zen horretarako, baina balioespen horren azken emaitza baino ez zen espedientean jaso; emaitza hori posta elektronikoz bidali zen udalera. Idazki horrek ez du azaltzen zergatik den desberdina kexagileak eskatzen duen zenbatekoa, batez ere, sekuelak zehazteari dagokionez, gai horretan ikusten baita alde nabarmenena.

Batzordearen iritziz, **aseguru-etxeko zerbitzu medikoek egindako balioespen-txostena —udalak onartu duen kalte-ordaina aipatzen duen heinean— espedientean jaso behar da, interesdunak horren berri izan dezan eta, hala badagokio, eztabaida dezan**. Hala ere, kaltearen zenbaketari bakarrik dagokion kontu bat denez, Batzordearen ustez, ez da oztopo

irizpena emateko, hargatik eragotzi gabe, espedienteak kaltearen balio ekonomikoa beharrezko fidagarritasunez zehazteko aukerarik ematen ez duen kasuetan adierazten dugunez, instrukzioarekin jarraitu beharra. Kalteak baloratzen dituen mediku-txostena kexagileari helarazi behar zaio, behin betiko finkatu baino lehen.

142/2018 ABJI, par.: 11.etik 12.era

7. kapitulua. ADMINISTRAZIOAREN ONDARE-ERANTZUKIZUNA

I. Gai orokorrak

Hala ere, ohartarazi behar da, bidalitako espedientetik ondorioztatzen denaren arabera, **kexagileak administrazioarekiko auzi-errekurtsoa jarri duela** Donostiako 2. Epaitegian (744/2017 zk. duen prozedura laburtuan) ondare-erantzukizuneko erreklamazioaren ustezko ezespenaren aurka.

Hortaz, **akzio horrek irizpen hau ematea oztopatzen ez badu ere, organo kontsulta-egileak, prozedura amaitzen duen ebazpena eman aurretik, auzi-prozeduraren izapidetze-egoera egiaztatu beharko du gauza epaituari dagokion segurtasun juridikoaren printzipioa behar bezala bermatzeko.**

40/2018 ABJI, par.: 18.etik 19.era

II. Zuzenbidearen aurkakotasuna

Ezeztapenaren ondoriozko erantzukizunari buruzko kasuetan berezitasuna antijuridikotasunaren betekizunari dagokionez nabaritzen da gehienetan; izan ere, Administrazioaren jarduketa antijuridikoa da, hala deklaratu baitu ebazpen judizial irmo batek. **Antijuridikotasunaren azterketa egiteko ez da nahikoa administrazioaren jarduna aztertzea; deuseztatutako jarduketaren ondorio kaltegarriak ere aztertu behar dira, eta egiaztatu erreklamaziogileak ondorio horiek bere gain hartu behar dituen ala ez, horretara behartzen duen betebehar juridikoa baldin badago.**

Betebehar juridiko horren oinarria aldez aurretik egindako kontratu bat izan daiteke, araudiak ezarritako betebehar bat edo ebazpen irmo baten betearazpen administratiboa edo judiziala. Alabaina, beste kasu batzuk ere badaude: betebehar juridikoa araudietan ezarrita dago inplizituki, hori aztertzea konplexuagoa izan arren. Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak (besteak beste, 1999ko azaroaren 16ko AGE) kalte-ordainaren eskaeraren arrazoi den jarduketa egin duen Administrazioaren ahalmena zer motatakoa den aztertzen du —diskrezionala edo arautua—, kaltea jasateko betebehar juridikoa dagoen ala ez ebazteko.

Jurisprudentzia-doktrina berak **oinarrizko bi kasu** bereizten ditu. **Batetik, honako kasu hauek daude: ezeztatutako administrazio-jarduketa araudian ezarritako ahalmenen erabileratik dator;** horietan, datu objektiboak aplikatuta, lehendik daukan eskubidetzat jo beharko zen. **Beste kasu batzuetan, baliogabetutako administrazio-jarduketa ahalmen diskrezionalen emaitza da** —zentzu zabalagoan—; adibidez, batzuetan, araudia kasuari aplikatzeko, Administrazioari elementu subjektiboak edo zehaztu gabe diren kontzeptu juridikoak gehitzea eskatzen zaio, eta horiek erabakigarriak dira Administrazioak ebazpena eman dezan.

Lehenengo kasuan, kaltea antijuridikotzat joko da. Bigarrenean, aldiz, ezeztatutako jarduketak eragindako kaltearen antijuridikotasuna **deklaratuko da, baldin eta administrazioaren jardunak arrazoitutako eta arrazoizko mugak gainditu ez baditu, jurisprudentziaren irizpide orientatzaileekin bat, eta araututa egon daitezkeen alderdiak erabat errespetatuz**.

Hitz batez, ahalmen diskrezionalak erabiltzen diren kasuetan ─ondorio horietarako barnean hartzen dira honako hauek: aplikatu behar den araudiak kontzeptu juridiko zehaztugabeak txertatzeko eskatzen dio Administrazioari, ebazpena emateko garrantzitsuak badira─, administrazioaren jardunak azaldutako mugak gainditu ez baditu, administrazioaren erabakia geroago deuseztatzen bada ere, eragin dezakeen kaltea ez da antijuridikoa izango.

Irizpenaren xedea den kasuan deuseztatutako administrazio-egintza kontratu baten adjudikazioa da; kontratua aurrez ezarritako eta lizitazioa arautzen duen agirian haztatutako irizpide objektiboen bitartez adjudikatu zen.

Kontratua lehiaren bidez adjudikatzen denean, behintzat, eskaintzen balorazio teknikoak gune berezi bat izan ohi du "diskrezionalitate teknikoa" delakoaz baliatzeko. Adjudikazioan irizpide objektiboak sartu direnetik, ordea, diskrezionalitate teknikoaren arloa nabarmen txikiagotu da, eta, gaur egun, antz handiagoa dauka jarduera arautuekin. Irizpide objektiboen sarrera kontratazioari buruzko europar zuzentarauek bultzatu dute, batik bat. Hori gertatzen da irizpideak baloratzeko formula aritmetikoak ezartzen direnean, hauteman subjektiborako tarterik utzi gabe; horrela da, hain zuzen ere, kasu honetan, aurkeztutako eskaintzak berdinak direnean, esleipen-lehentasuna ezartzen duenean.

Lehiaketen bidezko esleipena gero eta arautuagoa denez, batzuetan, epaimahaiek beraiek erabakitzen dute zein enpresa izango den esleipenduna. Hala izan da, adibidez, Auzitegi Gorenaren 2016ko martxoaren 16ko epaian (RJ 2016\1537), non honako hau adierazi zen: "Kontratua (…)ri zuzenean esleitzeari buruzko erabakia ez dago Administrazioaren ahalmen diskrezionalen kontra eta ez doa administrazioarekiko auzi-errekurtsoa ebazteko behar izan denetik haratago; izan ere, (...)ren eskaintza ekonomikoa lizitaziotik baztertzea beharrezkoa ez zela ondorioztatu eta gero, emakidaren epeari eta alde teknikoei dagozkien puntuazioak eztabaidatu gabe (hortaz, gorde behar izan ziren), hobekuntza ekonomikoaren puntuazioa formula matematikoen arabera kalkulatuta, ez zegoen hartzeko moduko erabaki diskrezionalik araututako jarduketa bat baino…".

221/2016 Irizpenean, **Batzorde honek dagoeneko aitortu zuen kontratu baten adjudikazioa deuseztatzeagatik eta kontratua adjudikatzeko zuzenbidea aitortzeagatik sortzen den kaltea zuzenbidearen aurkakotzat** jo behar dela, eta, hartara, kalte-ordaina eman ahal zaiola, ondare-erantzukizunaren bidez. **Izan ere, kaltea ez dator erreklamazioa jarri duen enpresarekin aurrez egin zen beste kontratu batengatik, baizik eta kontratua eskubide txikiagoa duen beste enpresa bati bidegabe esleitzeagatik.** Halakoetan, ebazpen-proposamenak defendatzen duenaren kontra, berdin da kontratua deuseztasun-akats bat antzeman ondoren deuseztatu den ala deuseztakortasun hutsagatik izan den, kasu bietan egintza

baliogabetzearen ondoriozko kaltea antijuridikoa baita, eta kaltea kalkulatzeko kontuan hartu beharreko elementuek ez dute zertan ezberdinak izan.

157/2018 ABJI, par.: 31.etik 39.era

III. Kalte-ordaina

A) Kalte morala

Kalte moralagatik erreklamatzen den zenbatekoarekin bat etorriz (33.200 €), kontzeptu hori lehenik aztertzen dugu, eta horretarako, oinarrizko bi ideia azpimarratu behar ditugu.

Lehenengoak kaltearen errealtasunarekin eta benetakotasunarekin du zerikusia (gaur egun, SPAJLren 32.2 artikuluak eskatzen ditu horiek); izan ere, erreala eta benetakoa den kalterik ez bada, antijuridikotasunak galdu egiten du bere zentzua, kalte bat oinarri behar baitu beti. Gauzak horrela, kalte antijuridiko bat denean bakarrik hitz egin daiteke lesioaz, zentzu teknikojuridikoan.

Bigarren ideiak gogorarazten du —Batzordeak behin eta berriz egiten duen moduan— ondare-erantzukizuna erreklamatuz kalteak ordaintzea lortu nahi denean, kalte guztiak —baita, eta bereziki, **kalte morala ere— alegatu eta frogatu behar direla.**

Egia esan, **kasu batzuetan eskakizun hori mugatua izan daiteke** (askotan gertatzen da, esate baterako, osasun arloko erantzukizunaren kasuetan), **baina halakoetan egitate sorrarazleak era objektibo eta nabarmenean kalte moralak eragin ditzake, pertsona bakoitzak horren inguruan izan dezakeen pertzepzio subjektiboaz gain, eta ondorio negatiboak pertsona batzuengan besteengan baino larriagoak izatea galarazi gabe** (kaltea zehaztu behar da, eta horretarako ezinbestekoa izango da kalte morala determinatzen duten inguruabar pertsonalak frogatzea).

Hasteko esan behar dugu, gure iritziz, aztertzen duguna ez dela frogatzeko betebeharra moderatzeko aukera ematen duten kasuetako bat.

Kasu horretan, ezin diogu kexagileari arrazoia eman; izan ere, Administrazioaren (non zerbitzuak ematen dituen) diziplinazko akzioak eragin ditzakeen bizipen eta emozio negatibo ukaezina alde batera utzi gabe, esperientzia subjektiboa da, eta *per se* ez du kalte morala egiaztatzen, horretarako froga-jarduera egokia hasi behar delako, eta kasu horretan ez da horrela izan.

Erreklamazioak premisa okerra hartu du oinarri, diziplina-espedientea existitzea ez baita nahikoa kalte moral objektiboa egiaztatzeko; ideia horrek ez du oinarririk ez doktrinan, ezta jurisprudentzian ere, egiaztatzeko betekizunik eza edo zehaztu beharra, aipatu dugunez, —betiere salbuespen moduan, beraz, zorrotz interpretatuta— halako egoeran dagoen pertsona orori objektiboki ikusteko moduko kalte morala —era orokor eta nabarmenean— eragin die-

zaioketen egitateei bakarrik aplika dakiekeelako, balorazio subjektiboetan sakondu behar gabe. Azken finean, egitate horiek gertatzea nahikoa da kalte morala eragiteko, kaltedunaren esparru juridikoan.

Erreklamazioan azaldutako tesian, aldiz, kalte moralak ez du frogarik behar: diziplinazko espedientea hasteari loturiko kalteak gero bidegabetzat jo den zehapena ezarri delako sortu dira. Pertsona bati diziplina-espedientea ireki izanak ─espedientea gero ondoriorik gabe geratzen bada─ frogatzen du kalte morala.

Auzitegi Gorenaren epaiek ─erreklamaziogileak kalte morala egiaztatzeko (instruktoreak hala eskatuta) beharrik eza oinarritu nahian alegazioetan aipatzen dituenek─ ez dute ideia hori bermatzen.

Auzitegi Gorenaren epaiak, 1998ko maiatzaren 9koak, hemen aztertzen ari denaz oso bestelakoa den kasu bat aipatzen du: infanteriako komandante bati etxean bete beharreko lau eguneko atzipenaldia ezartzea. Zehapen horrek (askatasunerako oinarrizko eskubidea mugatzeak) objektiboki kalte-ordaina jasotzeko moduko nahigabea eragin dezake, are gehiago, militar baten kasuan (kaltearen zenbaketa beste kontu bat da).

Gure azterketaren ikuspuntutik bereziki interesgarria da erreklamazioan aipatutako beste epaia ─2011ko uztailaren 15eko AGE (RJ\2011\6536)─. Instantzian gaitzetsi egin zen kalte morala ordaintzeko uzia, hain zuzen, egiaztapenik ez zuela adierazita. Auzitegi Gorenak berretsi egin zuen ebazpen hori, kalte moralak egiaztatu behar direla azpimarratzen duena; arau hori ez da jarraitzen epaiak aztertzen duen kasuan, non kalte morala ─frogarik gabe─ onartzea lortu nahi den, elkargokidetza ukatzea epai bidean deuseztatu delako. Epaiak, printzipioa betez, ez du ukatzen aipatu egintzak auzi-jartzaileari kalteak eragin ahal izan dizkionik, baina kalte horiek aintzat hartzeko egiaztatu behar dira (auzi-jartzaileak bete ez zuen frogatzeko beharra).

Auzitegi Gorenak kalte-ordaina jasotzeko moduko kalte morala egon daitekeelako presuntzioaren oinarri izan daitezkeen egitatetzat jotzen ditu ─frogatu beharrik gabe─, batetik**, auzitegi batetik bestera ibiltzea** (azken instantziak epaia eman arte itxaron behar izan zuen auzi-jartzaileak, elkargokide izateko), **eta bestetik, lanari loturiko frustrazioa** (prozesu luzean zehar elkargokidetza ukatzeak lanbidean aritzea oztopatu ziolako ─ondorio objektiboa─).

Konparaketa horrek berresten dugunaren neurria ematen du. Gure irizpena jaso behar duen kasuan, ezin da esan auzi-jartzailea auzitegi batetik bestera ibili zenik, auzia azkenean administrazio-bidean ebatzi zelako; hala ere, aipatu behar da, ondorio horietarako, urtarrilaren 10eko 33/1986 Errege Dekretuaren bidez araututako diziplina-prozeduren iraupen osoa, legearen arabera, 12 hilabetekoa dela (24/2001 Legea, abenduaren 27koa, zerga, administrazio eta gizarte alorreko neurriei buruzkoa, abenduaren 29ko 14/2000 Legearen bederatzigarren xedapen gehigarriari lotuta).

Era berean, **ez dugu datu objektiborik lanari loturiko frustrazioa edo desohorea egotea egiaztatzeko**, **kexagileak jarraitu baitzuen bere lanpostuan.**

Aztertzen ari garen erreklamazioak kalte moralaren deskribapena baino ez du jasotzen. Hain zuzen, etorkizunari mehatxatzen zion arriskuaren ondoriozko urduritasuna, atsekabea eta estutasuna alegatzen ditu erreklamaziogileak. Instruktoreak kexagileari jasandako lesioak zehazteko eskatu dionean, honako hauek zerrendatu ditu: "Antsietatea eta depresioa, eta horiei lotutako estresa, larritasuna, lo egiteko zailtasunak, nahigabea, animo falta, lasaitasunik eza, urduritasuna, beldurra, arteria-hipertentsioa eta beste ondorio fisiko batzuk"; hala ere, ez dago frogarik horiek guztiak egiaztatzeko.

Espedientean dagoen dokumentu bakarra fotokopia bat da —48. orria—, datarik eta sinadurarik gabe; bertan JCM jaunaren datu pertsonalak eta lan-datuak agertzen dira, fluoxetina eta lorazepam bezalako sendagaiei buruzko informazioa, baita farmaziako tiket baten kopia ere, hainbat sendagai —besteak beste aipatutako bi horiek— saltzeko datak adierazita. Era berean, laneko ospe-galtzea profesionala aipatu da, baina ez da frogatu.

Hortaz, argi dago **aipatu kalte morala ez dela behar bezala frogatu** eta Batzordeak ezin du kaltea frogatutzat eman, hori diziplina-espediente baten izapidetzeari lotzen zaionean; gainera, kasu horretan, udal administrazioak ofizioz deuseztatu zuen ezarritako zehapena, itzuli egin zuen soldatatik kendutako zenbatekoa berandutze-interesekin batera, eta diziplina-prozedurari buruzko aipamen guztiak ezabatu zituen kexagilearen espediente pertsonalean.

Laburbilduz, **ezin da defendatu** —erreklamazioak egin duen moduan— **kalte moralak egon zirela argudio bakar gisa ezarritako zehapena administrazio-bidean deuseztatzea erabiliz, kalte horiek behar bezala egiaztatu behar direlako**, eta kasu honetan ez da egin.

84/2018 ABJI, par.: 47.etik 64.era

Kalte moralari (*stricto sensu*) dagokionez, oinarrizko hiru ideia azpimarratu behar ditugu.

Lehenengoak kaltearen errealtasunarekin eta benetakotasunarekin du zerikusia (gaur egun, SPAJLren 32.2 artikuluak eskatzen ditu horiek); izan ere, erreala eta benetakoa den kalterik ez bada, antijuridikotasunak galdu egiten du bere zentzua, kalte bat oinarri behar baitu beti. Gauzak horrela, kalte antijuridiko bat denean bakarrik hitz egin daiteke lesioaz, zentzu teknikojuridikoan.

Bigarren ideiak gogorarazten du —Batzordeak behin eta berriz egiten duen moduan— ondare-erantzukizuna erreklamatuz kalteak ordaintzea lortu nahi denean, kalte guztiak —baita, eta bereziki, kalte morala ere— alegatu eta frogatu behar direla.

Eta hirugarren ideia, dagoeneko aipatu diren epaietan egiaztatzen denez:

> Egia da kalte moralaren nozioa pixkanaka-pixkanaka zabalduz joan dela, horren fede eman baitu Auzitegi Goreneko Zibileko Salaren 2000ko maiatzaren 31ko epaiak (RJ 2000, 5089), baina egia ere bada, epai horrek berretsi nahi duenez, "kalte-ordaina jasotzeko moduko kalte morala izateko oinarrizko egoeran sufrimendu edo pairamen psi-

> kikoa [...] edo espirituala [...] agertzen da, edota ezintasuna, urduritasuna, antsietatea, larrimina", gogo-aldarte iraunkorrak edo nahiko intentsiboak, aurkeztutako eskaeraren aurkakoa den administrazio egintza bat deuseztatzea lortzeko jurisdikzio-prozedura batera jo izanaren ondoriozko karga izan behar ez dutenak.

Kasu honetan, **erreklamaziogileak kalte-ordaina eskatzen du, hainbeste urtez ziurgabetasunean bizi behar izan duelako, sufrimendu, kalte pertsonalak eta ezinegona jasan dituelako, bere funtzionario-karrera hautsi delako eta aukerak galdu dituelako, eta gainera, bere eskubidea onartzea eta beste funtzionario-karrera bat lortzeko ahaleginak egin behar izan dituelako.**

Egia esan, hautaketa-prozesutik kanpo geratu izanak eragindako administrazio- eta jurisdikzio-jarduketekin loturiko ustezko bizipenak eta emozio negatiboak kontatu baino ez du egiten, baina esperientzia subjektiboa da, eta *per se* ez du kalte moralik egiaztatzen, horretarako froga-jarduera egokia burutu behar delako, eta kasu horretan ez da horrela izan.

Gertatutakoa aztertuta, ez da ikusten kalte moral nabarmena edo agerikoa.

Egia da egoera argitu egin dela urte asko igaro ondoren, baina egitateen azterketa kronologikoa egin behar da, inguruabarrak argitzeko, Administrazioa gertatutakoaren erantzule bakarra izan ez dadin.

Printzipioz, argi dago Administrazioak eman zuela 2001eko ekainaren 5eko Ebazpena, IVAP/HAEEko Zuzendariarena; horren bidez, argitara eman ziren hainbat epaimahai kalifikatzaileren erabakiak, ariketa praktikoaren behin betiko emaitzei buruzkoak.

Alabaina, **Administrazioaren egintzen aurkako errekurtsoa administrazio- eta jurisdikzio-bidean jartzeko beharrak, Administrazioak egintza horiek berrikus ditzan, berez ez du frogatzen kalte morala egon denik**; bestela, beti izango litzateke kalte-ordaina jasotzeko modukoa.

Halaber, esan behar da egoera juridikoa honako hauen bidez zehaztu zela: (i) 562. Epaia, 2003ko uztailaren 1ekoa, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salarena, 2338/2001 Administrazioarekiko Auzi Errekurtsoari buruzkoa, errekurtsoa gaitzetsi zuena, eta (ii) Auzitegi Gorenaren Autoa, 2003ko abenduaren 12koa, epai horren aurka aurkeztutako kasazio-errekurtsoa huts deklaratu zuena, erreklamaziogileak ez baitzuen idazkia formalizatu.

Pentsa daiteke erreklamaziogilearen erabakia —epaitza judiziala onartzea eta lasai geratzea— batera gertatutako egintzaren ondorioa izan zela, ...ko Foru Aldundiko karrerako funtzionario izendatu zutelako, 2003ko ekainaren 20tik aurrera. Administrazio horren zerbitzura ziharduen, hain zuzen, 2002ko abenduaren 17tik, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorreko bitarteko kargua bere borondatez utzi ondoren.

Errazagoa da, gertakarien ibilbide normalean, akzio judizialean atzera egitearen eta Foru Aldundiko izendapenaren arteko lotura ikustea (lan-etorkizuna argitu zitzaiolako), kausazko lotura hori …ko Foru Aldundirako oposizioak prestatzeko erabakiaren eta Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorraren hautaketa-prozeduratik kanpo uztearen artean ezartzea baino. Izan ere, Administrazio Orokorrean bitarteko langile moduan jarraitu ahal izan arren, Foru Aldundian sartzea erabaki zuen, eta Justizia Auzitegi Nagusiak oraindik ez zuen eman jarritako errekurtsoari buruzko ebazpena, beraz, bere uzia azkenean onartuko zelako uste osoa zuen. Gainera, oposizio horiek prestatzeko ahaleginak ─argi dago─ onura ekarri zion, ez kaltea.

Geroago, **onartu beharko litzateke kexagilearen balizko frustrazio-sentimendua, ez baitzuen kasazio-errekurtsoa formalizatu** Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien Salak 2008ko ekainaren 27ko epaiaren edukia ezagututa; **baina sentimendu hori errekurtsoa ez jartzeko borondatezko erabakiari egotz dakioke.**

Jarraian abiarazi zituen ekimen guztiek ez zuten emaitzarik ekarri, ez baitziren juridikoki bideragarriak, 2013ko otsailaren 21ean IVAPko Zuzendariaren 2001eko ekainaren 5eko Ebazpena ofizioz berrikusteko eskatu zuen arte.

Alabaina, lehenago argudiatu dugunez, Administrazioaren ezezko erantzuna ─ebazpena berrikusteko eskaerari─ arrazoitua eta arrazoizkoa zen; hala ondorioztatzen da, besteak beste, Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien Salaren 2017ko urtarrilaren 18ko 57/2017 Epaitik. Epaiak kostuak ordaintzera ere du kondenatzen.

Une hartan, kexagileak ez zegoen langabezian edo lana galtzeko arriskuan, eta, zer esanik ez, ez zuen gaixotasun psikiko bat edo antzeko nahasmendu edo gaitz bat izatea egiaztatzeko frogarik aurkeztu.

Bere karrera profesionalari dagokionez, bidezko asmoak alde batera utzita, kexagileak ez du zehaztu zeintzuk diren galdu dituen aukerak, eta ez du justifikatu deuseztatutako egintzaren ondorioz gertatu denik. Objektiboki, jakina, ez da oztopo izan maila goreneko erantzukizunak bere gain hartzeko, jasandako kalte pertsonala eragozten dion Administrazio berean; izan ere, ...(e)ko zuzendari karguan aritu zen eta, gaur egun, …(e)ko lurralde ordezkari kargua (izendapen askeko lanpostu bat) betetzen du.

Hitz batez, ez daukagu datu objektiborik kalte morala jasan duela esateko, kexagilearen aldartearen deskribapen hutsa edo bere lan-bizitzan ondorio kaltegarriak izan zituela esatea ez baita nahikoa egiaztatutzat emateko.

131/2018 ABJI, par.: 81.etik 99.era

B) Lortu gabeko irabazia

Horrenbestez, lehenago azaldutako argudio guztiak kontuan hartuta, berriz ere, honako egoera honetan geratzen gara: **kontratu baten adjudikaziodun berriak, aurreko adjudikazioa administrazioarekiko auzien jurisdikzioak baliogabetu ondoren, erreklamazioa jarri du deuseztatutako adjudikazio-egintzak eragindako kalteagatik**. Era berean, adjudikazio berrian Administrazioak ia ez zuen interpretazio-askatasunik, baliogabetze-epaiak lehenago helburu berberarekin izapidetu zen kontratazio-espedientean ezarritako irizpidea aplikatu beharra ezarri zuelako. Inguruabar hori jasota utzi da bai Hezkuntzako sailburuaren 2017ko apirilaren 25eko Aginduan (2016ko azaroaren 23ko 516/2016 Epaia betearaztekoan), baita data bereko Administrazio eta Zerbitzuen Sailburuordetzaren Ebazpenean ere, adjudikazio berria egitekoan; horietan ez da balorazio berria zehaztu edo azaldu.

Adjudikazio ia automatikoa denez, ABA 2 izeneko ABEE osatzen duten enpresei eragindako kaltea antijuridikoa da; hortaz, betetzen dira Administrazioaren ondare-erantzukizuna eskatzeko baldintzak.

Kaltearen kuantifikazioari dagokionez, **enpresak** 56.764,92 euro erreklamatzen du guztira; **zenbatekoa** kalkulatzeko, **adjudikazioaren ondoriozko eguneko kostutik** (188,65 euro) kendu egin da **eguneko kostu zuzena** (7,87 euro) **eta zerbitzua eman gabe igarotako egunen kopuruaz biderkatu da** (314 egun).

Kalkulu hori, hala ere, **gehiegizkoa da, lortu gabeko irabazitzat kontratuaren adjudikazio-prezio ia osoa ABEEk zerbitzua eman ez zuen denbora osoan jotzen delako,** eta ez da kontuan hartzen irizpen berean lehenago esandakoa ─kontratu publikoen legediaren esparruan ezarri diren kalte-ordainen arauetan egiten den aipamenari buruz─. Lehenago aipatu dugun bezala, ondorio ekonomikoa "ezin da desberdina izan honako bi kasu hauetan: kontratuaren adjudikazioduna izateko onartua izan den lizitatzaileak kontratua bete ezin duenean; eta kontratu bat kontratista bati adjudikatuta, administrazioak atzera egiten duenean".

Ebazpen-proposamena, erreklamazioa gaitzesteko jarrera erakutsi arren, ez dago ados ABEEk kalte-ordain gisa erreklamatzen duen zenbatekoarekin, eta beste kalkulu bat egiten du, kalte-ordainaren muga egin gabe geratu diren zerbitzuei dagokien zenbatekoaren % 5 ─mozkin industriala─ dela abiapuntutzat hartuta. Hala ere, Batzorde honen iritziz, **zerbitzu-kontratua denez, egokiagoa da SPKLTBren 309.3 artikulua aplikatzea; horren arabera, Administrazioak atzera egiten badu, kontratistak eskubidea izango du egin gabe geratu diren lanen prezioaren % 10 eskuratzeko, lortu ez duen mozkinaren kontzeptuan.**

157/2018 ABJI, par.: 51.etik 55.era

C) Beste gastu batzuk

Administrazio-bidean jasotako aholkularitza juridikoa kalte-ordaina jaso dezakeen gastu gisa gehitzeari dagokionez, Batzordeak ohartarazi du (74/2006 Irizpena) jurisprudentziak kasu horri buruzko doktrina finkatu duela (adibidez, 2000ko martxoaren 18ko AGE). Horren arabera, **eskubideen defentsa juridikoaren gastuei dagokienez, administrazio-bidean sortutakoak eta jurisdikzio-prozesuko defentsaren ondoriozkoak bereizi behar dira.**

Lehenengoak ondare-erantzukizunaren esparruan ordain daitezkeen kontzeptuetan sar daitezke —Estatu Kontseiluak finkatutako desberdintasuna kontuan hartuta—**: batetik, "beharrezko gastuak", inguruabarren arabera ordain daitezkeenak (kalteen izaera, lesiodunaren sailkapen profesionala, hasitako ekimen eta jarduketa juridikoen motak edo zerbitzusarien zenbaketa), eta bestetik, gastu "erabilgarriak"**.

Jurisdikzio-prozesuaren baitan sortutako bigarren horiei prozesuko kostuen berariazko araubidea aplikatzen zaie; hori dela eta, erabaki judiziala eskatzen dute, geroago erantzukizuna duen organoan erreklamatzeko aukera eragotziko duena.

Bide administratiboan aholkularitza juridikoen gastuei dagokienez, honako hau hartu behar da kontuan, Batzordeak aipatu duenez, "...bide administratiboan aholkularitza juridikoak izan duen eginkizuna zehaztea zaila dela ukatu gabe, beharra da gastu hori kalte-ordainean onartzeko irizpidea laburbiltzen duen elementu orokorra; horretan ulertu behar da eztabaidagairen konplexutasun juridikoa hain dela handia, ezen, aholkularitzarik gabe, desorekatuak izango liratekeen administrazioaren eta interesdunaren posizioak prozeduran; eta horrek aholkularitzaren beharra azaltzen du" (adibidez, 221/2016 Irizpena).

Kasu honetan, Batzordeak egiaztatu du JCM jaunak ez duela kualifikaziorik justizia esparruan (… eginkizunak betetzen ditu) eta, **diziplina-espedienteko inguruabarrak kontuan hartuta, prozeduran izan zuen jarrera gero eta ahulagoa zela, eztabaida juridikoa izapidetzean konplikatuz joan ahala (batez ere, hasierako arau-hausteaz gain beste arau-hauste larri bat egotzi zenean). Hori dela eta, jasotako laguntza juridikoa beharrezkotzat jo daiteke —lehenago azaldutako zentzuan—; izan ere, gogoratu behar da auzia ez zela jurisdikzio-bidera heldu eta administrazio-bidean ebatzi ahal izan zela**; baliteke laguntza juridiko horri esker izatea, eta horrek egiaztatzen du laguntzaren beharrezkotasuna.

Era berean, Batzordearen iritziz, nahikoa da aipatu gastua aurkeztutako fakturaren bidez egiaztatzea, hargatik eragotzi gabe zenbatekoa ordaindu aurretik faktura ordaindu izana egiaztatzeko eskatzea.

Hori guztia dela eta, bidezkotzat jotzen da JCM jaunari kalte-ordaina ordaintzea, hain zuzen, honako zenbateko hau: laurehun eta hamazazpi euro eta berrogeita bost zentimo (417,45 €); zenbatekoa APELren 34. artikuluan ezarritakoarekin bat eguneratu beharko da.

84/2018 ABJI, par.: 66.etik 72.era

Kalteei buruzko hirugarren atala, 12.963,66 euroko zenbatekoa jasotzen duena, **errekurtsogileak, salatutako Administrazioaren aurkako erabakia baliogabetuta eskubidea onartu zitzaion arte, administrazio-bidean eta epai-bidean egindako gastuak itzultzea lortzeko formulatzen da**.

Horri dagokionez, Batzordeak ohartarazi du (74/2006 Irizpena) jurisprudentziak doktrina bat finkatu duela (adibidez, 2000ko martxoaren 18ko AGE, RJ 2000/3077); horren arabera, **eskubideen defentsa juridikoaren gastuei dagokienez, administrazio-bidean sortutakoak eta jurisdikzio-prozesuko defentsaren ondoriozkoak bereizi behar dira.**

(…)

Kasu honetan, **baztertu behar dira administrazio-prozedurei loturiko gastuak, ASA jaunak baduelako behar den prestakuntza ─esparru juridikoan─ dagozkion errekurtso eta eskaerak aurkezteko; izan ere, bere defentsa bere gain hartu zuen.**

Erreklamaziogilea eta Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorra alde izan diren prozesu judizialetan sortutako gastuei dagokienez, administrazioarekiko auzien jurisdikzioari buruzko uztailaren 13ko 289/1998 Legearen 139. artikuluan ezarritako araubidea aplikatu da; horren 6. apartatuak dioenez, autoek eragindako gastuak Prozedura Zibilaren Legean ezarritakoaren arabera arautu eta tasatuko dira.

Prozedura Zibilari buruzko urtarrilaren 7ko 1/2000 Legearen 241. artikuluarekin bat (aurrerantzean, PZL), prozesuan zuzeneko eta berehalako jatorria duten ordainketak kostuak dira; ostera, gastuek honako kontzeptu hauek hartzen dituzte barnean: (I) Defentsa eta ordezkaritza teknikoaren ondoriozko zerbitzu-sariak, horiek manuzkoak badira; (II) Aribideko prozesuan nahitaez argitaratu beharreko iragarki edo ediktuak sartzea; (III) Errekurtsoak aurkezteko beharrezko gordailuak; (IV) Adituen zerbitzu-sariak eta prozesuan parte hartu duten pertsonei eginbeharreko gainerako ordainketak; (V) Legearen arabera eskatu beharreko kopiak, ziurtagiriak, oharrak, agiri kautoak eta antzeko agiriak, auzitegiak erregistro eta protokolo publikoetara eskatutakoak izan ezik, horiek doan direla; (VI) Jardunaren ondorioz ordaindu behar diren arantzel-eskubideak, jardun hori beharrezkoa denean prozesuaren garapenerako; eta (VII) Jurisdikzio-ahala erabiltzeagatiko tasa, manuzkoa denean. Ez da prozesuko kostuetako bat izango ohiko etxebizitza erosteko eratu diren hipotekak betearazteko prozesuetan ordaindutako tasaren zenbatekoa. Halaber, ez da mailegu edo hipoteka-kreditu horien ondoriozko prozesuen kostuetako bat izango, prozesuak alderdi betearaziaren edo abal-emaileen aurkakoak direnean.

Hori dela eta, **jurisdikzio-prozedurei loturikoak ere kanpo utzi behar dira, prozesuko kostuei dagozkien partidetan jasota dauden gastuak baitira kalte-ordaina jasotzeko eskaeraren xedea**.

Azkenik, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrari bidegabe ordaindutako gastuengatik erreklamatzen diren 629,72 euroei dagokienez, esan behar da erreklamaziogileak berak aurkeztutako dokumentazioan egiaztatu denez, ordaindu egin zirela, Auzitegi Gorenak

kostuak ezarri zituelako 578/2011 Kasazio Errekurtsoan, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salak 2010eko azaroaren 12ko Autoaren aurka izapidetutakoan, autoa onartu ez zelako.

Hori dela eta, halako gastuei prozesuko kostuen erregimena aplikatu behar zaie, eta ez da beharrezkoa ondare-erantzukizunaren bidera jotzea auzitegiek ezarritakoen ordaina jasotzeko.

131/2018 ABJI, par.: 100.etik 110.era

Erreklamazioan, kontzeptu eta zenbatekoak zehazteko erreferentzia gisa irailaren 22ko 35/2015 Legean ezarritako baremoa hartu da. Lege horrek zirkulazio-istripuetan pertsonei eragindako kalte eta galerak baloratzeko sistema erreformatzen du. Gorputz-kalteak baloratzeko adituak sinatutako txosten bat erantsi da.

(…)

Etxean laguntzeko pertsona bat kontratatzeko gastuei dagokienez (10.558,78 €), 2017ko urtarrilaren 2tik 2018ko martxoaren 2ra arte, dokumentuetan jasota badaude ere, **ez dute oinarririk baremoan agertzen diren kontzeptuetako batean**. Era berean, 87.426,40 euroko zenbatekoa **datozen hamar urteotan etxeko laguntzaren kostuaren zenbatespenari dagokionez, ez dago jasota baremoan, eta gainera, egiazkotasunaren baldintza betetzen ez duen kalte bati egiten dio erreferentzia.**

146/2018 ABJI, par.: 53.etik 59.era

Eskatutako kalte-ordainari dagokionez, **ikuskatzaile medikoaren txostenak** iritzi positiboa eman du eskatutakoaren mamiari dagokionez; hala ere, **ez dator bat kalte-ordaina eskatzea eragin duten kontzeptuetako hiru sartzeko proposamenarekin**: **errekurtsogileak aurkeztutako aditu-txostena** (1.250 €); **aldizkako bisitak odontoestomatologoaren kontsultan**, 6 hilabetean behin aho-garbiketa egiteko eta fluorra aplikatzeko, 3 urtez lehenengo fasean (420 €); eta **6 hilabetean behingo aho-garbiketak** tratamendua bukatu arte —4 urtez— (560 €).

Ikuskatzaile medikoaren iritzi negatiboak, aditu-txostenari lotutako zenbatekoari dagokionez, honako oinarri hau du: "historia klinikotik ondorioztatzen denez, H1 ospitaleak inoiz ez zuen ezezkorik eman egitateak onartzeko eta odontologoaren eta adingabearen gurasoen artean adostutako konponbidea ezartzeko proposamenari; hortaz, gure iritziz, ez da beharrezkoa odontologo aditu pribatu batengana jotzea egiaztatu eta defendatu behar ez ziren egitateak eta gogoetak azaltzeko, inork ez baitzituen ukatu, ezta zalantzan jarri ere".

Hala ere, **Batzordea bat dator erreklamaziogilearen gogoetekin, hain zuzen, "balorazio-txostena ezinbestekoa izan dela** ondorioen zenbaterainokoa eta izaera zehazteko, baita egin behar den tratamendua hautatu eta horren kuantifikazio ekonomikoa ezagutzeko ere; horren froga da ikuskatzaile medikoak txosten ia osoa berretsi egin duela (aho-garbiketak eta fluorazioak izan ezik)". Izan ere, **egin behar den tratamenduaren deskribapen bakarra erreklamaziogileak egindakoa da, eta hori osorik onartu du ikuskatzaileak. Espedienteak ez du osasun-administrazioaren proposamenik jasotzen, gai horri dagokionez**. Hori dela eta, kontzeptu hori ere kalte-ordain moduan ordainduko den zenbatekoari gehitu behar zaio.

Aho-garbiketen eta fluorazioen kostuak baztertzeko, ikuskatzaile medikoak honako hau esan du: "Ez dugu esan hortz-garbiketak edo umeari aldizka –hemendik aurrera eta tratamendua bukatu arte– egingo zaizkion higiene-praktikak kalte-ordaina jaso dezaketen kalteei loturiko tratamenduaren zati direnik, horrelako garbiketa pertsona osasuntsuei ere gutxienez urtean behin egiten zaien prebentzio-tratamendua baita, hortz-ahoko gaixotasunak prebenitzeko. Sartuta daude, beharrezko tratamendua badira, Osakidetza Euskal Osasun Zerbitzuko PADI programan, 15 urte bete arte".

Hortz-garbiketak pertsona orok gutxienez urtean behin egin behar duen ohiko prebentzio-tratamendutzat jo daitezke, baina egia ere bada kasu honetan egin beharreko tratamenduaren baitan egiten direla, eta horren edukia osatzen dutela, adituaren txostenak argudiatzen duen moduan (alde horri dagokionez, ez da kontrakorik esan). Hori dela eta, horiek ere onartu egin behar dira.

Ondorioz, bidezko kalte-ordainaren zenbatekoak, Batzordearen iritziz, erreklamaziogileak eskatutakoarekin bat etorri behar du.

172/2018 ABJI, par.: 26.etik 31.era

IV. Kausaltasun harremana

A) Kausa bat baino gehiago izatea

Kexagilearen arabera, bi administraziok dute erantzukizuna: zabor-bilketa kudeatzen duenak, hau da, Mankomunitateak, **eta hiri-zolaketaz eta espaloiak garbitzeaz arduratzen denak,** hau da, Bergarako Udalak; **hala ere, ez du**, eskumena, babestutako interes publikoa eta esku-hartzearen intentsitatea kontuan hartuta, **dagokien zenbatekoa zehazten**.

Printzipioz, zenbateko solidarioa dela jo behar da; kalteen zuzenbideak ezartzen duen formula orokorra da, Sektore Publikoko Araubide Juridikoari buruzko urriaren 1eko 40/2015 Legearen 33.2 artikuluaren babestuta, dagozkion zenbatekoak zehaztu ezin direnean.

Halakoetan, **kaltedunak kaltea eragin duen edozeinetara jo dezake, eta kalte-ordain osoa ordaintzeko eskatu, kalte-eragileak zenbateko osoaren zordunak direlako. Beste gauza bat dira ordaintzera behartuta daudenen barne-harremanak arautzen dituzten arauak** (egon daitezkeen atzerabidezko akzioen ondorioetarako).

Hori dela eta, ez dago eragozpenik prozedura honen instrukzioa egiteko, horren bidez Administrazioak erantzukizunik duen, eta, hala badagokio, zein Administrazio den erantzule eta zer neurritaraino zehazteko aukera galarazi gabe, baldin eta posible bada kaltean izandako eragina bereiztea.

3/2018 ABJI, par.: 20.etik 23.era

Horrela, udalak onartu egin du jasandako kaltearen eta zerbitzu publikoen funtzionamenduaren arteko kausalitatezko lotura—Batzordea bat dator horrekin—. **Hala ere, proposamenaren arabera, baliteke JMAM jaunak kaltea eragitean erantzukizuna izatea:** "erreklamaziogilea erori zen kale berean bizi denez, ezagutzen zituen ingurua eta horren ezaugarriak; izan ere, egunero paseatzen zuen toki horretatik, bere etxea hurbil dagoelako. Ildo horretan, azpimarratu behar da egitateak gertatu ziren egunean euria ari zuela; oinezkoak aurrez ikus zezakeen zorua bustita zegoela, eta kontu handiz ibili behar zuen. Gainera, baldosazko espaloi arrunta ere badago, eta hori erabili ahal izan zuen".

Batzordea ez dator bat balorazio horrekin; izan ere, kaltea jasan zuenari egoztea —hurbil bizi delako ingurua ezagutzen zuela esanez— kasuarekin eta pertsona horren ekintzekin zerikusirik ez duen apriorismoa dakar. Froga hobea behar da, zantzuen bidezkoa bada ere, kexagileak —kaletik ibili bitartean— oinezko guztiei eska dakizkiekeen aurreneurriak bete ez zituela edo behar bezala bete ez zituela, eta ondorioz, erori egin zela egiaztatzeko. Espedienteak ez du jasotzen inolako frogarik (etxearen hurbiltasuna alde batera utzita) egoera horri dagokionez; aitzitik, agerikoa da udalaren zabarkeria —espaloia mantentzean—, espedientearen instruktoreak berak onartu zuen moduan.

90/2018 ABJI, par.: 34.etik 35.era

B) Biktimaren edo beste pertsona batzuen jokabidea

Erreklamaziogileak bere idazki sintetikoan azaldu duenez, ***in vigilando* errua dago, delitua adingabeak bakarrik sar daitezkeen gunean —*txoko* delakoan— egin zen, udalak ezarritako kontrolek behar bezala funtzionatu ez zutelako.**

Ez du zalantzarik sexu-erasoa auzo-etxeko instalazioetan gertatu zela, eta abusuak komunetan (ez *txokoan*) egin ziren arren, txokoa izan zela horiek prestatzeko tokia.

Gaur egun, baliabide teknologikoen bidez sexu-helburuak lortzeko asmoz "adingabeak engainatzea" mehatxu garrantzitsua dela nabarmentzen bada ere, batez ere, sare sozialen testuinguruan, energia berbera behar da adingabea bertan edo hurbil dagoenean egiten den iruzurraren aurka borrokatzeko, horrekin batera sexu-topaketa izateko egintza materialak egiten badira.

Ez du zalantzarik **adingabeak jasandako kalte moralak egilearen erantzukizuneko egitateen ondorioa direla, eta ez dagoela harremanik pertsona horren eta udal administrazioaren artean, ez baita udaleko langilea, ezta udalaren zerbitzura diharduen monitorea ere**.

Hori horrela izanik ere, ibilbide kausala aldatu egin izan ahal da Administrazioak ezer egin ez duelako.

Jurisprudentziak orokorrean adierazi du administrazio-jardunaren eta kaltearen arteko kausazko loturak zuzena, berehalakoa eta esklusiboa izan behar duela, administrazio publikoen ondare-erantzukizuna dagoela ondorioztatzeko. Hala eta guztiz ere, kausazko lotura hori —bereziki zerbitzu publikoen funtzionamendu anormalarengatik gertatzen diren kasuetan— zeharka edo era konkurrentean ager daiteke. Horrek erantzukizun moderatua eragin dezake, ala ez (besteak beste, 1967ko urtarrilaren 8ko epaia, 1984ko maiatzaren 27koa, 1986ko apirilaren 11koa [RJ 1986\2633], 1988ko uztailaren 22koa, 1997ko urtarrilaren 25ekoa, 1997ko apirilaren 26koa, 1999ko maiatzaren 4koa [Arz. 4910]).

Hirugarren baten jarduera dagoenean, zigor arloko gaitzestea merezi duena, gainera, eta Administrazioaren jarduerarik eza alegatzen duenean, kontuan izan behar da 1993ko martxoaren 17ko AGEn aipatutako jurisprudentzia-irizpidea (RJ 2037):

> Hirugarren batek kalteak eragiten esku hartzen duenean, arazo klasiko bihurtu da dagoeneko Administrazioaren ondare-erantzukizunaren esparruan. Auzitegi honen jurisprudentziak ez du definitutako ebazpenik horren inguruan, baizik eta behin eta berriz aipatzen ditu unean-uneko eta banakako erantzunak, kasu zehatz bakoitzaren inguruabarrei lotuta dauden berariazko erantzunak. Zalantzarik gabe, horrela da formulazio orokorregiek etorkizunean nahi ez diren ondorioak (edo neurrigabekoak) ekartzea saihesteko. Zuhurtasun judizial hori handiagoa izaten da, kalteak Administrazioaren jarduerarik ezari egozten zaizkionean. Horrela da gero eta gehiago —eta gero eta orokorragoak— baitira ordenamendu juridikoak Administrazioari esleitzen dizkion zereginak, eta Konstituzioak "efikaziaz" (Konstituzioaren 103.1 artikulua) egiteko betebeharra ezartzen duela aintzat hartuta, Administrazioaren ondare-erantzukizuna izugarri handia izango litzateke, ordenamendu juridikoak ezarri dizkion eginkizunak efikaziaz betetzen ez dituen kasu guztietan sortzen dela onartuz gero (esate baterako, delituak pertsegitzea, ingurumena zaintzea, bide-trafikoaren antolamendua, zerbitzu sanitarioen antolaketa eta abar). Hori guztia, prozesu kausala hastea eragin zuen pertsona arraroa eta ezaguna izan arren (hau da, kalteak ekarri dituen delitua egin duena, kalteak eragin dituen kutsaduraren egilea eta abar). Gaiaren erlatibismoak edo kasuismoak, Administrazioaren jarduerarik eza gertatzen denean, honako ondorio hau bakarrik ateratzea ahalbidetzen du: helburu batzuk betetzeko betebehar abstraktua ez da nahikoa erantzukizuna sortzeko, kalteen prozesu kausala hirugarren batek eragin duenean; era berean, hirugarren horren jarduketa ez da beti arrazoia izaten Administrazioa dagokion erantzukizunetik salbuesteko, jarduteko betebehar abstraktua kasu jakin batean zehaztu eta bereizi bada.

Horretarako, arrisku-egoerak prebenitzeko, kaltearen eta Administrazioaren jarduerarik ezaren arteko erlazioa aztertzen denean, argitu behar da, 1997ko urriaren 7ko AGEri jarraikiz (RJ.

7393), "... bere ardurapeko zerbitzu publikoaren funtzionamendu-arauetan, kaltea saihesteko behar den jarduera jasota dagoen". Epaian bertan ematen dute metodologiari buruzko irizpidea: "... kasu bakoitzean emaitza bat ezarri aldera, zerbitzuaren arauen arabera eskuduna den administrazioari era esplizituan edo inplizituan ezarritako betebeharren edukiari ez ezik, Espainiako Konstituzioak administrazio-jarduerari ezartzen dion eraginkortasun-printzipioari jarraikiz, eskatu dakion etekinaren balorazioari ere erreparatu behar zaie".

Gauzak horrela, kondena ezartzen duen zigor-epaian deskribatutako egitateak aztertuta, ondorioztatu da gertatutakoaren erantzukizuna ezin zaiola egotzi zerbitzu publikoaren funtzionamenduari.

Ebazpen-proposamenaren arabera, kalteen eta zerbitzu publikoaren funtzionamenduaren artean ez dago kausazko loturarik, ez baitira hartu kaltea eragin ahal izan zuten bidegabeko neurriak, eta ez baitira hartu gabe geratu eskatzen diren neurriak, kaltea saihestekoak —"balizko istripuei behar bezalako arreta eman zitzaiolako frogarik onena kasu honetan hartutako eta Gizarte Etxeen Zerbitzu buruaren txostenean deskribatutako neurriak dira; ez da zehaztu testuinguru horretan eska daitekeen beste jarduketarik, hartuz gero, kaltea eragitea saihestuko zuenik. Gaia bideratzeko modua prebentzioaren ikuspuntutik ezin da desegokitzat jo, azkenean kaltea saihestu ez bada ere"—.

Arrazoibide hori bat dator Batzorde honek ezarritako doktrinarekin; izan ere, kausalitatearen ikusmolde juridiko zorrotz batetik abiatuta, ezin zaio Administrazio publikoari egokitu Administrazioaren instalazioetan eragindako edo zerbitzu publiko baten esparruan gertatutako kalte guztiak konpontzeko betebeharra. Horrek ez du esan nahi lesioak eragiten dituen ekintza guztiak, zerbitzu publikoa ematean izandakoak, automatikoki zerbitzu horren funtzionamenduari eslei dakizkiokeenik, erantzukizunari dagokionez.

Kasu horietan, ezinbestekoa da zerbitzu publikoaren funtzionamendua, zeharka, kausazko lotura efizientea izatea (adibidez, 1986ko urriaren 8ko RJ 5663 AGE eta 1987ko otsailaren 11ko RJ 535 AGE).

2002ko irailaren 13ko AGEn (RJ 8649), doktrina bateratzeko kasazio-errekurtsoan emandakoan, auzitegi gorenak 1998ko ekainaren 5eko AGEn (RJ 5169) deklaratutakoa jasotzen du: "Administrazioak zerbitzu publiko bat ematen duenean, eta zerbitzua emateko azpiegitura materialen titularra denean, ondare-erantzukizunaren arloko indarreko sisteman ez da bilakatzen aseguru-etxe unibertsala, administratuen gertaera kaltegarri guztiei aurrea hartzeko, administrazio-jarduna edozein izanda ere. Bestela, erreklamaziogileak nahi duen bezala, probidentzia-sistema izango litzateke, eta hori ez dago jasota gure ordenamendu juridikoan".

Eta deklarazio bera egiten du 1997ko azaroaren 13ko AGEn (RJ 7952): "Sala honen jurisprudentziak Administrazioaren erantzukizuna erantzukizun objektiboaren kasutzat jo badu ere, egia ere bada horrek ez duela Administrazioa instalazio publikoak erabiltzean gerta daitezkeen lesio guztien erantzule bihurtzen, baizik eta, lehen esan bezala, kalte horiek Administrazioaren funtzionamendu normal edo anormalaren ondorio zuzena eta berehalakoa izan behar dute".

Gauzak horrela, irizpenaren gaia den kasuan, azpimarratu behar da espedientean ez dagoela zerbitzu publikoaren funtzionamenduarekiko kausazko lotura ezartzea ahalbidetzen duen elementurik.

Kasu honetan, hasteko, ohartarazi behar da, gune komunaren ezaugarriak direla eta, hiritarzentroen Erregelamenduaren 11. artikuluak honako hau xedatzen duela: "Segurtasun neurriak direla eta, 8 urtetik beherako haurrak 18 urtetik gorako pertsona batekin sartu beharko dira gizarte-etxe eta kirol-instalazioetan, haren ardurapean, salbu eta ikastaro edo lantegietan parte hartzera sartzen badira edo ikastetxe, klub edo talde antolatu batekin batera, baldin eta haiek jardueraz arduratzen den langileren bat badute".

Horrek ez du esan nahi zentroko arduradunek eta monitoreek ez dutela adingabeak egotea kontuan hartu behar, instalazioetara sarritan sartzen badira.

Oro har, botere publikoek adingabeak babestu behar dituzte, hala ezartzen badu bai 1/1996 Lege Organikoak (urtarrilaren 15ekoak, adin txikikoen babes juridikoari buruzkoak, Kode Zibila eta Prozedura Zibilaren Legea partzialki aldatzekoak), baita 3/2005 Legeak ere (otsailaren 18koak, haurrak eta nerabeak zaintzeko eta babestekoak).

ABJLren 14. artikuluaren arabera, agintariek eta zerbitzu publikoek edozein adingabek behar duen berehalako arreta eman beharko dute, esku hartu beharko dute beren eskumenen eremua bada edo, nolanahi ere, organo eskudunari eman beharko diote egoeraren berri, eta gertakarien berri eman beharko diete adingabearen legezko ordezkariei edo, hala badagokio, erakunde publikoaren eta Ministerio Fiskalaren ordezkariei.

Euskal Autonomia Erkidegoko administrazio publikoek haurrak eta nerabeak zaindu eta babesteko eskumenak erabiliz esku-hartzeren bat egin behar dutenean bete behar dituzten jardunprintzipioei dagokienez, haurrak eta nerabeak zaintzeko eta babesteko legearen 5.i) artikuluak honako hau jasotzen du: "Haurrak eta nerabeak delituen biktima direnean, arreta berezia eskaini behar diete, eta laguntzeko eta babesteko neurri egokienak hartu behar dituzte".

Ikuspegi orokorrago batetik, Prozedura Kriminalaren Legearen 263. artikuluak xedatzen duenez, "Norbaitzuek, euren kargu, lanbide edo ogibideak direla medio, delitu publiko baten berri badute berehala horren salaketa egin beharko diote Fiskaltzari, auzitegi eskudunari, instrukzio-epaileari, eta, halakoa izan ezean, tokitik hurbilen dagoen udaltzainari edo poliziako funtzionarioari, baldin eta ageri-ageriko delitua bada".

Kasu horretan, honako ideia hau hartu behar da abiapuntutzat: ***txokoa* auzo-etxeko topaketagunean dago, alegia, erabilera libreko eta adin eta baldintza guztietako pertsonentzako espazioan; prentsa eta aldizkariak irakurtzeko gune bat dauka, jolasgune bat, haurren eta familien gune bat (*txokoa* delakoa) eta komunikazio-espazioak. Hori dela eta, ez da erregelamendu baten aurkako arau-haustea adinez nagusiko pertsonak areto horretan egotea**, ezta haurrentzako gunean egotea ere, seguru asko, haurrekin etorri diren pertsonak, aitak edo amak, senideak edo konfiantzazko pertsonak direlako.

Bigarrenik, **zentroko profesionalek pertsonaren jokabide arraro samarraren berri jaso zuten bezain laster, berarekin zeuden adingabeak sexu-abusuen biktimak izan daitezkeelako "susmo oinarrituak" sortu zitzaizkienean, susmo horiek berehala polizia-agenteei** jakinarazi zitzaien, 2015eko abenduaren 16an bertan, zentro zibikoen arduradunak adierazi zuen moduan; halaber, **berehala jarri ziren praktikan hainbat neurri pertsona hori auzoetxean egon bitartean zelatatzeko**.

Izan ere, bigarren erasoa, 2015eko abenduaren 23an, segundo batzuk baino ez zituen iraun, zentroko kontrol-agentea bertaratu zelako.

Hortaz, ezin da esan antolamendu-betebeharrak urratu zirenik, ezta langile publikoen jarduera pasiboa zenik ere; hala ere, ez da zehaztu zer akats egin zen, hori egin ez bazen, erasoak saihesteko lagungarria izango zela onartuz gero.

Jakina, horrelako jokabide onartezinak arreta handienez pertsegitu behar dira, hala ere, tamalez, adingabeekin harremanetan dauden pertsonak ezin dute ezer egin jokabide horien aurka, jakinaren gainean ez badaude, edota sexu-abusuak gerta daitezkeelako edo gertatzen ari direlako zantzuak behintzat ez badituzte (oso arreta handiz ibiltzea eskatzen duen kontua).

Hitz batez, Batzordeak ez du ikusi arrazoirik zerbitzuak dagokion betebeharra —adingabeak babestea— bete ez duela esateko; alderantziz, kasuaren inguruabarrak kontuan hartuta, sexu-abusuen zantzuak antzeman zituztenez, neurri egokiak hartu zituen.

Kasu honetan, abusuak zerbitzua ematen den "bitartean" egin dira, hau da, zerbitzua horretarako tokia baino ez da izan; beraz, ez dute zerbitzuarekin zerikusirik, ez baitira zerbitzuaren "ondorioz" gertatu, hortaz, ezin dira Administrazioari leporatu.

Aurrekoa azalduta, Batzordearen iritziz, Gasteizko Udalak ez du ondare-erantzukizunik, zerbitzuaren funtzionamenduaren eta alegatutako kalte moralaren arteko kausalitate-erlazioa zehaztu ez delako.

51/2018 ABJI, par.: 37.etik 65.era

C) Administrazio Publikoen zerbitzura diharduten langileek jasandako kalteak

Kasu honetan, hala ere, kaltea jasan duen biktima ez da ikasle bat, irakaslea baizik; hau da, hezkuntza-zerbitzu publikoaren eragile aktiboa eta funtsezko protagonista.

Beraz, funtzionario publiko batek zerbitzua eman bitartean ustez jasan izan duen kaltearen kasua daukagu; funtzionarioa atxikita dago zerbitzu horri eta bertan betetzen ditu dagokion funtzio publikoa. Horrek esan nahi du erreklamazioa "zerbitzu-egintzetan" jasandako kalteei buruzko doktrinara bideratu behar dela.

Doktrina hori aplikatuz, hezkuntza-administrazioak erreklamazioa gaitzestea proposatzen du, honako irizpide hau hartuta (Auzitegi Gorenaren epai batzuk aipatzen ditu, hain zuzen, 2007ko apirilaren 16koa, 2008ko apirilaren 23koa, 2009ko maiatzaren 29koa, 2010eko urriaren 29koa eta 2011ko apirilaren 5ekoa): funtzionamendu normala denean, zerbitzu publikoan diharduen funtzionarioak bere borondatez hartzen du bere gain arriskua; legearen arabera, arrisku hori jasateko betebehar juridikoa duenez, kaltea ezin da antijuridikotzat jo, eta Administrazioak ez du betebeharrik ondare-erantzukizuneko kalte-ordaina emateko, estatutu-harremanari aplikatzen zaion ordenamendu juridikoan esanbidez ezarritako prestazioak emateko baizik.

Doktrina horrekin bat, zerbitzu publikoaren funtzionamendua anormala denean, argitu behar da urraketa edo anormaltasuna zerbitzura diharduen langilearen edo funtzionario publikoaren jokabidearen ondorio esklusiboa den; hala bada, jokabide hori izango litzateke jasandako kalte edo galeraren eragile bakarra, beraz, kausazko loturaren baldintza faltako litzateke, Administrazioaren ondare-erantzukizuna sortzeko behar dena. Berdin gertatzen da zerbitzuaren gabezia edo funtzionamendu anormala beste eragile batzuei dagokienean, kaltedunaren jokabidea kontuan hartuta edo kontuan hartu gabe.

Tartean dagoen sailaren iritziz, erreklamaziogileak aipatutako kaltea behar bereziko ikasleak dauden ikasgeletan lan egiten duten irakasleen jardunari loturiko ohiko arrisku mailan gerta daitekeen istripu baten ondorioa da, eta irakasleek arrisku hori onartu behar dute jardunari atxikitako elementu gisa. Hori dela eta, ezin da esan kaltea antijuridikoa denik.

Batzordearen iritziz, hala ere, argudio horrek esan nahi du hezkuntza-profesionalek aurre egin behar dieten arrisku "normalen" artean lesio larriak ekar ditzakeen erasoa ─ikasle batek egindakoa─ dagoela; **Batzordea ez dator bat planteamendu horrekin**, jarraian aztertuko ditugun arrazoiak kontuan hartuta. Beste kontu bat da nork eta zer egozpen-titulu oinarri hartuta eman behar dion kalte-ordaina erasoa jasan duen hezkuntza-profesionalari.

Estatu Kontseiluak 2009ko apirilaren 16ko 221/2009 Irizpenean dioenez, Administrazioak bere zerbitzura diharduten pertsonak zerbitzuaren funtzionamenduak eragin diezazkiekeen ondorio kaltegarrietatik babestu behar ditu.

Kasu honetan, argi dago, erasotzailearen adina ─9 urte─ eta ezaugarri pertsonal bereziak ─hezkuntza-premia bereziak izatea─ kontuan hartuta, ezin zaiola berari egotzi eragindako kalteagatik ordaina emateko erantzukizuna. Bestaldetik, beharrezkoa ez bada ere, komeni da gogoraraztea lehen hezkuntza oinarrizko hezkuntzaren zati dela eta derrigorrezkoa dela (Hezkuntzari buruzko maiatzaren 3ko 2/2006 Lege Organikoaren 3.3 eta 4.1 artikuluak).

Espedienteak ez du aipatzen interesdunak funtzionario publikoak babesteko sistema propiotik kalte-ordain bat jaso duen ala ez, osasun-laguntzaz eta lanerako ezintasunaren egoeran dagozkion prestazioez gain; edonola ere, espedientea ikusita, ez dirudi jasandako kalteagatik bestelako ordainik jaso duenik.

Aurrekoa abiapuntu hartuta, kaltea benetakoa izatea egiaztatuta, Batzorde honen iritziz, erreklamaziogileak ez du erasoaren ondoriozko kaltea jasateko betebeharrik, eta, hala

bada, Administrazioari ondare-erantzukizuna eskatzea bide subsidiario egokia da ukigabetasunaren printzipioa betetzea lortzeko; izan ere, enplegatu publikoak badu horretarako eskubidea ere, bere eginkizunak bete bitartean kalte antijuridiko baten biktima gertatzen denean.

Erreklamaziogileak egiaztatu duenez, behin baino gehiagotan ohartarazi zuen adingabearen jokabidea kezkagarria zela eta kontroletik kanpo zegoela. Izan ere, ...ko Hezkuntzako Lurralde Ordezkariari eta lurralde bereko Hezkuntzako ikuskatzaile-buruari zuzendutako azken idazkia aurkeztu du; horren bidez, kasuaren larritasunaz ohartarazi zuen, eta ezer larriagorik gertatzea ─azkenean gertatu zena─ saihesteko neurriak hartu behar zirela adierazi zuen.

Ikastetxeko zuzendaritza taldeak ere egiaztatu du ikaslearen erantzun oldarkorrak etengabe gertatzen zirela: ostikadak, haginkadak, atzamarkadak eta abar. Lehenago ere, eraso zien irakasleei, *hezitzaileei* eta zuzendaritza taldekideei, ondorioak hain larriak ez baziren ere.

Hori guztia interesdun guztiei eta eragindako guztiei (Hezkuntzako Lurralde Ordezkaritza, Hezkuntza Ikuskaritza, Berritzegune, ...(e)ko psikiatria taldea eta familia) jakinarazi zitzaien arren, inguruabarrek eta ondoren gertatutakoak egiaztatzen dute hartutako neurriak ez zirela nahikoak izan irakaslearen osotasuna babesteko. Bestalde, nahikoak dira, Estatu Kontseiluak maiatzaren 9ko 408/91 Irizpenean, 1990eko otsailaren 15eko 53.971 Irizpenean eta 2011ko ekainaren 2ko 635/2011 Irizpenean adierazi duenez, berariazko titulu bati lotutako ondorio kaltegarriak Administrazioari egotzi ahal izateko, zerbitzu-egintzan jasandako kaltea alde batera utzita. Aipatu irizpenetan eta beste batzuetan adierazi duenez, "zerbitzu publiko bat betetzean kalte fisiko edo ekonomiko bat jasaten bada, (...) eta hori beste neurri batzuen bidez onbideratzen ez bada, (...) Administrazioak erreparatu beharko ditu ondorio ekonomiko horiek, baldin eta kaltea edo galera kaltedunaren jokabidearen ondorioa ez bada".

Doktrina honen babespean, Estatu Kontseiluak ulertu du, esan dugunez, araubide orokor hori zerbitzu publikoan dihardutenen kasuan aplika daitekeela, beren uzia berariazko titulu bati lotuta dagoenean. Izan ere, horrela ebatzi du zerbitzua betetzean kaltea jasan duten funtzionarioek erantzukizunagatik aurkeztutako erreklamazioak aztertzeko orduan, adibidez, honako hauetan: amiantoaren eraginpean zegoen militar baten kasua (2.295/2007 Irizpena, 2008ko otsailaren 7koa); tiro-praktikak egoera txarrean dagoen materiala erabiliz egitea (1.642/2005 Irizpena, 2005eko abenduaren 1ekoa); zabarkeriaren ondoriozko harrapaketak (2.473/2006 Irizpena, 2007ko otsailaren 1ekoa); praktiketan emandako tiro baten ondoriozko lesioak (221/2009 Irizpena, 2009ko apirilaren 16koa); matxuratutako helikopteroak izandako istripuak eragiten dituen kalteak (2.174/2010 Irizpena, 2010eko azaroaren 25ekoa); instalazio publikoen egoera txarrak eragindako istripuen ondorioak (2008ko apirilaren 30eko 478/2008 Irizpena eta 2010eko urriaren 14ko 1.999/2010 Irizpena).

Gainera, Auzitegi Gorenaren 2008ko apirilaren 23ko Epaiak ─ebazpen-proposamenean bertan aipatu zen, baina, harrigarriki, erreklamazioa gaitzestea justifikatzeko─, zerbitzu-egintzan izandako istripu batean Administrazioaren ondare-erantzukizuna onartu zuen, istripuaren kausa enplegatu publikoak bere eginkizuna betetzeko erabiltzen zuen ibilgailuko pneumatikoaren

egoera txarra zela egiaztatuta. Kasu horretan, auzitegiak ebatzi zuenez, ez zen egiaztatu arteztua zen pneumatikoa berrikustea langile horren betebeharretako bat zenik eta, hasiera batean, itxuraz, arriskurik ez zuela pentsatu behar zen.

Era berean, kasu honetan ere, halako eraso bat, ondorio ezagunak dituena, erreklamaziogileak betetzen duen funtzioari lotutako arriskuetako bat dela egiaztatu du Administrazioak.

Batzordearen iritziz, laburbilduz, kasu honetan betetzen dira hezkuntza-administrazioaren ondare-erantzukizuna onartzeko baldintzak.

14/2018 ABJI, par.: 28.etik 44.era

D) Egozpen-titulua

Ebazpen-proposamenak gaitzetsi egin du erreklamazioa, erorketa gertatu zen tokia titulartasun pribatukoa izatea aipatuz; horren arabera, "Getxoko Udala ez da kaltea eragin duen espazioaren titularra, beraz, udal horrek ez du ondare-erantzukizunik ... andreak azaldu dituen kalteengatik".

Izan ere, Ondare eta Etxebizitza Zerbitzuaren txostenaren bidez egiaztatu denez, ... kaleko ... zenbakien arteko espazioa titulartasun pribatukoa da; hala ere, beste irizpen batzuetan adierazi dugunez (adibidez, 158/2008 eta 183/2010 irizpenetan), datu hori ez da nahikoa erreklamaziogilea erori zen tokiaren egoera juridikoa argitzeko, eta ez du balio udala erantzukizunetik *in limine* salbuesteko, argazkiek egiaztatzen dutenez, oinezkoak inolako murrizterik gabe ibiltzeko irekita dagoen igarobidea delako.

Esan bezala, **lekuaren titulartasuna pribatua izateak ez du udala erantzukizunetik salbuesten, oinezkoentzako eta erabilera publikoko tokia delako; hau da, publikoa izan —derrigorrezko lagapeneko espazio librea izateagatik— ala erabilera publikoko espazio pribatua izan, hirigintzako diziplinaren kontrola udalaren ardura da, eta gainera, horretarako autotutoretza-neurriak baditu horretarako.**

Aurrekoa egiaztatzeko, nahikoa da esatea istripua gertatu ondoren saiatu egin zela irtenguneak eragiten duen desnibela berdintzen, eta horretarako, porlanezko morterozko arrapala txiki bat egin zela; lan hori, erreklamaziogileak aurkeztutako peritu-txostenaren arabera, udalak berak eskaturik egin da.

Horrenbestez, aurkeztutako erreklamazioaren testuingurua udalerriek —ibilgailuak eta pertsonak ibiltzeko segurtasun-baldintza objektiboak bermatze aldera— hiriko bide publikoen zolaketaren alorrean dituzten eskumenen esparrua da [TAOLren 25.2.d) eta 26.1.a) artikuluak]. Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak 17.1.16) artikuluan dio esparru material hori udalerrien eskumenen mendean dagoela.

60/2018 ABJI, par.: 19.etik 23.era

V. Ondare-erantzukizuna sektoreka

A) Bidegabeko prozedura-atzerapenak

Aztertzen ari garen kasuan, **benetan garrantzitsua ez da azkenean zuzendu zen egintzaren arrazoizkotasuna, zuzenketa egin zen eguna baizik**. Gora jotzeko errekurtsoa zegokion epean aurkeztuta (2015eko otsailaren 13an), hura onartzeko ebazpen-proposamena idatzi zen (Irakasle-ikertzaileen arloko errektoreordearen Ebazpen-proposamena, 2015eko ekainaren 18koa); horren bidez, puntuazioak ezarritako baremoa aplikatu ondoren aldatu egin ziren, Ebaluazio Batzordeak baztertu baitzituen deialdiaren oinarrietan ezarritako arauak. Hala ere, errekurtsoa onesteko ebazpena askoz ere beranduago aplikatu zen (2017ko apirilaren 18ko Ebazpena, UPV/EHUko Irakasle-ikertzaileen arloko errektoreordearena).

Administrazioaren jardueran ez dagoela antijuridikotasunik esan beharko litzateke, ebazpen hori 2015eko ekainean eman bazen, hasieran aurreikusita zegoen moduan, Herri Administrazioen Araubide Juridikoaren eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzko azaroaren 26ko 30/1992 Legearen (indarrean zegoena) 115.2 artikuluak gora jotzeko errekurtsoaren esanbidezko ebazpena emateko eta jakinarazteko ezarritako hiru hilabeteko epea gainditu bazen ere.

Izan ere, hautaketa-prozedura batean zehar ematen diren administrazio-erabakiak argitzeko ohiko mekanismoak aktibatuko lirateke. Erabaki horiek karga orokorra dira prozeduran, eta sistema bati lotuta daude, non berme garrantzitsuak ezarri behar diren, Administrazioaren mesedetan, baita hautaketa-prozedurako parte-hartzaile guztien mesedetan ere, funtzio publikoetan (deialdiak, onartuen eta baztertuen zerrendak, behin-behinekoak eta behin betikoak, Ebaluazio Batzordeak izendatzea, merezimenduak baloratzea, hautatutako izangaien behin-behineko zerrendak, erreklamazioak, behin betiko zerrenda, errekurtsoak) sartzean oinarrizko berdintasun-eskubidea gorde behar delako; halakoetan, Administrazioaren jarduna erregularra denez, ez da bidezkoa kalte-ordaina ematea.

Baina ez da horrela izan; esan dugunez, **gora jotzeko errekurtsoari buruzko ebazpena atzeratu egin zen: bi urte eta bi hilabete baino gehiago.**

Ezer baino lehen, eta bidegabeko atzerapenen eremu espezifikoaren barruan, Batzorde honek jada finkatuta duen doktrinari egin behar diogu jaramon (16/2005 ABJI eta bertan aipatutakoak). Doktrina horren printzipio orokorrak honela labur daitezke:

a) Bidegabeko atzerapenaren kalifikazioa zehaztu gabeko kontzeptua da, eta ez zaio zuzenean lotzen prozeduraren guztizko iraupenari, ezta epe partzialei ere (horien derrigorrezkotasun juridikoari kalterik egin gabe); aitzitik, kasu bakoitzaren inguruabarrei begiratu behar zaie.

b) Atzerapen hutsak, arina izanagatik ere, ez du ondare-erantzukizunik sortzen, besterik gabe.

c) Atzerapenen arrazoizkotasunari begiratu behar zaio, dena delako esparruko

administrazio-jarduerari aplikatu beharreko estandarraren arabera, eta kasu bakoitzaren inguruabarrak kontuan hartuta: prozeduraren konplexutasuna, antzeko prozeduren iraupena, eragindako pertsonaren eta Administrazioaren portaera, eta tartean dauden interesen garrantzia.

Azpimarratzekoa da bai Konstituzio Auzitegiak (26/1994 KAE, urtarrilaren 27koa, 3. OJ) bai Giza Eskubideen Europako Auzitegiak (1992ko martxoaren 31ko GEEAE) onartu egin dutela Administrazioari kalte-galerak ordain ditzala eskatzeko aukera, atzerapena dela eta; hala ere, atzerapena justifikaziorik gabea denean bakarrik esan ahal da partikularrak ez duela kaltea jasateko obligazio juridikorik, Auzitegi Gorenak behin eta berriz deklaratu duen bezala (AGEak: 1985eko urriaren 2koa-Arz. 4535, 1985eko ekainaren 10ekoa-Arz. 320/1986, 1988ko abenduaren 14koa-Arz. 9958 eta 1991ko martxoaren 21ekoa-Arz. 2404, besteak beste).

Horrenbestez, **kasuan kasuko inguruabarrak aztertu ondoren, prozeduraren atzerapena irregular edo anormaltzat jo daitekeenean bakarrik ondorioztatu ahal izango da atzerapenaren ondoriozko kalteak Administrazioari leporatzeko modukoak direla.** Bestela, atzerapena inguruabarrei egokitzen bazaie, eta atzerapenaren arrazoia erabat justifikaturik baldin badago, ez dago lesiorik, zentzu tekniko-juridikoan, eta interesatuak jasan egin beharko ditu prozeduraren geldiarazpenak eragindako kalteak.

Gauzak horrela, atzerapena ofizioz hasitako berrikuspen-prozeduraren ondorioa zela onartuta ere, ez dago zalantzarik ondorioz erreklamaziogileak denbora horretan zehar ez zuela deialdiaren xede den plaza betetzeko eskubiderik.

Testuinguru horretan, ezin dugu alde batera utzi, batetik, ofiziozko berrikuspena bide aparta dela guztiz baliagarria den egintza bat ondoriorik gabe uzteko, eta bestetik, unibertsitateak berak prozedura horretara jo bazuen, aldez aurretik egintza bat (behin-behinekoa, eta gero, behin betikoa) eman zuelako izan zen; administrazio-egintzen berezko egokitasun, egiazkotasun eta legezkotasunaren presuntzioa zuen egintza horren bidez, onartu egin zen erreklamaziogilearen eskubidea ─prozeduran parte hartzeko─.

Ildo horretan, **atzerapenaren arrazoia honako hau zen: Administrazioak zalantzan jarri zuen bere jardunaren legezkotasuna. Alegia, jarduketa horrek ez zuen gertatu behar; izan ere, Administrazioak benetan uste bazuen erreklamaziogileak ez zuela prozesuan parte hartzeko baldintza (titulazioa) betetzen, une hartan bertan baztertu behar izan zuen (hori ere okerreko ustea zela egiaztatu zen).**

Hitz batez, inguruabar guztiak aztertuta, Batzordearen iritziz, erreklamaziogileak ez ditu Administrazioaren jarduketaren ondorioak jasan behar; izan ere, Administrazioak onartu egin zuen erreklamaziogileak prozesuan parte hartzea, eta gero, erabaki hori zalantzan jarri zuen ─aparteko bidean─, hain zuzen ere, plaza esleitu behar zionean.

Kaltea egoteari dagokionez, esan daiteke bidegabeko atzerapen horren ondorioz erreklamaziogileak ezin zuela bete irakasle elkartu plaza, horretarako hautatua izan arren; horrela sortu zen kalte-ordaina jasotzeko moduko kaltea.

Badago lotura zuzena gertaera eragilearen —gora jotzeko errekurtsoaren ebazpena atzeratu izana— eta egoera juridikoaren artean —zerbitzuak betetzeko ezintasuna edo betetzen hastea atzeratu izana—; azken horrek, gainera, erreklamaziogileak jasan behar ez duen ondare-kaltea ekarri dio —soldatarik eza—.

174/2018 ABJI, par.: 44.etik 56.era

B) Funtzio publikoa

Kasu honetan, **erreklamaziogileak adierazi du** aipatu 3792/2008 Ebazpenaren bidez **diplomadun sanitarioen lanbide taldeari zuzendutako lekualdatze-lehiaketarako deialdia egin zela; horretan parte hartzeko eskaera egin zuen, baina kanpo gelditu zen, estatutupeko langile finkoa ez izateagatik**.

Baztertzeko erabakiaren aurka erreklamazioa aurkeztu zuen, honako argudio hau azalduta: "1988tik langile lan-kontratudun finkoa, eta 1986tik ... espezialista, 20 urte jarraian egin dut lan …(e)an, horietatik azken 18 urte ...ko ... zentroan, lekualdatze-lehiaketa batean parte hartu ondoren. Gainera, ... espezialisten Prestakuntza Batzordeko tutorea eta batzordekidea naiz. Nire lanpostu funtzionala —...ko erizaina— adierazten duen jakinarazpena erantsi dut (lekualdatze-lehiaketak eskatzen dituen baldintza guztiak betetzen ditudala egiaztatze aldera)".

Horretan oinarrituta, erreklamaziogileak uste du "lekualdatze-lehiaketatik kanpo utzi zutenez, ...(e)ko osasun-zentroan lan egiteko eskubiderik gabe geratu zen, idazkian adierazitako denbora osoan (2009ko irailaren 21etik 2017ko otsailaren 17ra bitartean). Epai judizialaren bidez lehiaketan sartzeko eskubidea onartu zitzaion, baina Osakidetzak —epaia betez— puntuazioa baloratu zuenean, ez zuen ondo egin —azkenean esleitu zen lanpostuaz gabetzen zuten zerbitzuak bakarrik hartu zituen aintzat—. Ondorioz, erreklamaziogileak beste demanda bat aurkeztu behar izan zuen epaitegian, eta horrek beste epai bat ekarri zuen. Osakidetzak ez zuen epaia onartu, eta horren aurka errekurtsoa aurkeztu zuen; horrela, azkenean esleitu zioten lanpostua betetzeko eskubidea onartzea berriro atzeratu zen. Errekurtsoa azkenean gaitzetsi egin zen".

Uste dugu erreklamaziogileak ez duela Osakidetzaren jokabidea pairatu beharrik. Araututako ahala daukagu, datu objektiboak aplikatuz, erreklamaziogilearen eskubidea —azkenean esleitu zioten lanpostua betetzeko— deklaratzea ekarri behar izan zuena. Kasu horretan, datu objektiboa hauxe zen, besterik gabe: erreklamaziogileari esleitutako lanpostu funtzionalak, Osakidetzak berak onartuak, lekualdatze-lehiaketan parte hartzea ahalbidetzen zion. Horri dagokionez, 523/2010 Epaiaren bigarren oinarri juridikoa aipatzen du:

> Hori esan eta gero, hizpide dugun deialdiaren 2.2 oinarriak honako hau ezartzen du, betekizunei dagokienez: 2.2.1 Honako egoeraren batean egotea: a) Estatutupeko langilea —izendapena jabetzan duela—, zein karrerako funtzionarioa, zein lan-kontratupeko finkoa izanik Osakidetza-Euskal Osasun Zerbitzuko zerbitzu sanitarioetako erakunde bati atxikita egotea, lortu nahi den destinoaren kategoria bereko pertsonal gisa.

> Gauzak horrela, administrazio-espedientean jasotako dokumentazioak ─hain zuzen, demanda-idazkiarekin batera aurkeztutakoak─ egiaztatzen duenez, errekurtsogilea langile lan-kontratudun finkoa da, ...(e)ko erizainaren kategorian. Izan ere, hala jakinarazi zion demandatuak berak lanpostu funtzionala jakinarazteko agirian, eta horixe da deialdiko oinarrietan eskatzen den betekizuna; hortaz, aurkeztutako errekurtsoa onartu beharko da.

Halaber, puntuazioaren balorazioan izandako desberdintasunari dagokionez, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren 386/2016 Epaiak, laugarren zuzenbide-oinarrian, hauxe adierazi du:

> Azpimarratu behar dugu demanda jarri duena ... diplomaduna dela, 1986. urtetik, alde biek adierazi duten moduan. Hala ere, espezialitate horren ordez ... diplomatura ezarri zen, 405/2005 Errege Dekretuaren bidez. Izan ere, ... diplomadunei (MJBA andrea bezalakoei) titulua automatikoki aldatzeko aukera eman zitzaien. Errekurtsogileak erabili egin zuen aukera hori. Hortaz, aldeek onartu dutenez, errekurtsogileak badu titulazio egokia. Orain, 1992ko urtarrila baino lehen ...(e)ko erizaina zen ala ez eta zerbitzuan ziharduen aztertu behar da. Gauzak horrela, MJBA andreak egiaztatu du data hori baino lehenago ... ospitaleetan jardun zuela zerbitzuan (hala nola … eta …), eta hori ... diplomadun moduan (gaur egun, … diplomatura).
>
> Handik aurrera, Osakidetzak bakarrik ukatu egin du erreklamaziogileak … erizainaren zerbitzuak bete zituela, baina ez du zehaztu zer zerbitzu bete zituen zentro horietan .... Eta erreklamaziogileak ... diplomadun gisa ... zentroetan lan egin zuenez, funtsezkoa zen errekurtsoa jarri duen administraziok azaltzea erreklamaziogileak zer zerbitzu ematen zituen, bere iritziz, ... erizain bati dagozkionak ez baziren. Gainerakoan, instantziaren epaian adierazi denez, ez da garrantzitsua erreklamaziogileak ez zuela parte hartu 2006. urtean egindako lehiaketan. Ikusi dugunez, 2008ko deialdiaren oinarrietan aurreko lanpostuarena bezalako kategorian emandako zerbitzuak bakarrik eskatzen ziren zerbitzuen zenbaketarako. Hori dela eta, ez dago arrazoirik ... diplomadun gisa emandako zerbitzuak ez zenbatzeko, oraingo titulazioaren baliokidea dela kontuan hartuta. Horrenbestez, diskriminazio arbitrarioa eta arrazoigabea da, administrazioak MJBA andreari egiten diona.

Horiek horrela, epaiak agerian uzten du Osakidetzak ez ziola erreklamaziogileari punturik eman ... erizain gisa emandako zerbitzuengatik, baina, bitxia bada ere, ez zuela azaldu zernolako zerbitzuak eman zituen erreklamaziogileak ospitale horietan (…).

Administrazioaren jarduna justifikatzeko arrazoiak Osakidetzaren ordezkaritzak azaldu ditu, 533/2010 Epaiaren aurkako aurkeztutako apelazio-errekurtsoan. Horren arabera, argudiatze juridikoa honako hauetan oinarritzen da: uztailaren 19ko 186/2005 Dekretuaren 6. artikuluan (dekretu horrek Osakidetzako lanpostu funtzionalak arautzen ditu); Euskadiko Antolamendu Sanitarioari buruzko Legearen 28.2 artikuluan; eta aipatu dekretuaren I. eranskinean. Azken horrek erizainaren lanpostu funtzionala eta ...(e)ko erizainaren lanpostu funtzionala bereizten ditu diplomadun sanitarioen taldean.

Horri loturik, azaltzen du:

> Instantziako epaileak huts egin du —lanpostu funtzionala eta kategoria nahastez— eta gainera, interpretazio okerra egin du, errekurtsogileak betetzen duen lanpostu funtzionala "… erizaina" kategoriakoa denez, izendapenaren kategoria ere automatikoki ... bihurtzen dela jakinarazi baitio, hori horrela ez denean; izan ere, epaiketan aurkeztutako dokumentazioaren arabera, erreklamaziogileak jatorriz OLT kategoriako izendapena zuen, ez ... erizainarena; OLT kategoriako langile lan-kontratudunaren izendapena jaso zuen, ... ospitalean lan egiteko, eta gero, lekualdatze-lehiaketaren bidez, ...(e)ko ... osasun-zentroko lanpostu bat esleitu zioten.
>
> Horrela gertatu da, 2005. urtean lehenago ez zegoen … erizain kategoria sortu zelako. Orduan, ... ospitaleetan edo ... zentroetan lan egiten urteak zeramatzaten erizain guztiei jakinarazi zitzaien beren lanpostuek kategoria berria —...— izango zutela handik aurrera, eta betetzen zituzten lanpostuak gordeko zituztela —eskuratutako eskubide gisa— baldin eta lanpostuz aldatzen ez baziren.
>
> Oso bestelako kontua da lekualdatze-lehiaketan parte hartu nahi izatea, kategoriari buruzko baldintza betetzen ez denean; izan ere, lanpostu horiek ...(e)kotzat hartzen diren arren, lanpostu horietan diharduten pertsonen hasierako izendapena OLT da, eta lekualdatze-lehiaketan parte nahi badute, barne-sustapenaren bidez egin beharko luke-te, kategoriaren berezko eginkizunak bete arren benetan ez duten kategoria lortzeko. Izan ere, ... erizain kategoriak berariazko titulazioa eskatzen du, 405/2005 Dekretuak arautzen duen moduan.

Administrazioarekiko Auzien Epaitegiaren 533/2010 Epaiaren arabera (lehenago aipatutakoa), deialdiaren oinarriak lehiaketaren lege dira, eta "joko-arauak" ezartzen dituzte; prozesuan parte hartzen duten administrazio-organo guztiek bete behar dituzte arau horiek eta bertan xedatutakora egokitu. Epailearen iritziz, errekurtsogileak, ... erizain kategoriako langile lan-kontratuduna zenez, betetzen zuen deialdian jasotako betekizuna. Hortaz, ez zegoen kanpo uzteko arrazoirik.

Bestalde, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren epaiak, aurrekoa berretsi duenak, gaiari buruzko indarreko araudia azalduta, baztertu egin du Osakidetzaren argudioa; auzitegiaren iritziz, Osakidetzak ez die behar bezalako garrantzirik eman honako bi inguruabar hauei:

> lehenik, ...(e)ko Zentroko OLT lanpostua, hau da, apelatuak 1992. urtetik eta deialdia argitaratzeko egunean betetzen zuen lanpostua, uztailaren 19ko 168/205 Dekretua onartu ondoren, "...(e)ko erizaina" izeneko lanpostu funtzional bihurtu zen; lanpostu hori bete ahal izateko eskatzen den lanbide-profila honela definitzen da "lanpostu funtzionalaren jakinarazpena" izeneko dokumentuan: ... zerbitzuen antolaketako ... erizain kategoria, B titulazio taldea, B1 lanbide taldea, horniketa mota: lehiaketa eta hizkuntza-eskakizuna: 2.
>
> Dokumentu hori bat dator errekurtsogileari helarazitako lanpostu funtzionalaren jakinarazpenarekin; jakinarazpena 186/2005 Dekretuaren bosgarren xedapen gehigarrian

ezarritakoa betez bidali zitzaion, eta horren arabera, “Ofizioz, lanpostu funtzionalak dekretu honen bidez onartutako sailkapenaren arabera egokituko dira, hain zuzen ere, Osakidetza-Euskal Osasun Zerbitzuaren egiturazko plantillako lanpostuak betetzen dituzten langile finkoen eta bitartekoen lanpostuak (…). Egokitzapen hori banan-banan jakinaraziko zaie, eta Antolamendu Sanitarioari buruzko Legean eta dekretu honetan araututako sailkapen-irizpideei jarraituz egin beharko da”.

Eta bigarrenik, MJBA andreak Osakidetzarekin ...(e)ko ... Ospitalean lanpostua betetzeko langile lan-kontratudunaren kontratua sinatu (1988ko abuztuaren 6an) zuenean, ezta bigarren izendapena jaso zuenean ere, ez zeukan “… erizain” espezialitaterik (garai hartan ez zegoen halakorik, ex novo arautu baitzen apirilaren 22ko 405/2005 Dekretuan); hala ere, 2005. urtean, ... erizaintzako espezialista titulua lortu zuen, dekretu horren bigarren xedapen gehigarriaren 3. apartatuarekin bat, bazuelako urriaren 22ko 3193/1970 Dekretuak sortutako … espezialitatea, aipatu xedapen gehigarriaren lehenengo apartatuak ezabatu zuena; hala egiaztatzen du Hezkuntza eta Zientziako ministroak 2005eko azaroaren 12an igorritako tituluak.

Bi inguruabar horiei, halabeharrez, lotu behar zaie MJBA andreari ... zk. duen lanpostuaren titulartasuna esleitu izana. Lanpostu hori “... erizain” lanpostu funtzionalaren korrelatiboa dela adierazi da, enplegu-egoerari dagokionez, “lanpostu funtzionalaren jakinarazpena” izeneko dokumentuan. Agiri hori funtsezkoa da, baina Osakidetzak bazter utzi nahi du errekurtso honetan, egintza propioen kontra.

Bigarren eztabaidagaiari dagokionez, 1992ko urtarrila baino lehen emandako zerbitzuak aintzat ez hartzeko arrazoiak instantziako epaiari loturiko apelazio-errekurtsoan azaldu ditu Osakidetzaren ordezkaritzak. Argudiatzen dutenez, ondorio hori deialdiaren oinarrietatik ateratzen da, baita merezimenduen baremoetatik ere. Horien arabera, eskatzen den lanpostuaren kategorian emandako zerbitzuak bakarrik zenbatzen dira; horregatik, ez da aintzat hartu OLT edo ospitaleko erizainaren lanpostuan igarotako denbora. Gainera, 2006ko lan-eskaintza publikoaren oinarri orokorrek aukera eman zuten araudiak aldatutako kategoria batean emandako zerbitzuak aintzat hartzeko; hala ere, lan-esperientziaren zenbaketa hori ez zen agertu 2008ko lekualdatze-lehiaketan.

Epailearen jarrera Osakidetzak azaldutako argudioen aurrean lehenago azaldu da. EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren iritziz, diskriminazio arbitrarioa eta arrazoigabea egin dio administrazioak MJBA andreari. Izan ere, deialdiaren oinarrietan ez dago arrazoi hori bermatzeko mugaketa gehigarririk.

Aurrekoa ikusita, administrazio-egintza edo xedapen bat deuseztatzearen ondoriozko kaltegalerak erreklamatzeko kasuei dagokienez, kasu honetan azaldutakoa bezalakoa, SPAJLren 32.1 artikuluak dio deuseztapenak berez ez dakarrela kalte-ordaina jasotzeko eskubiderik. Batzordeak horri buruzko doktrina bat eman du, hain zuzen ere (75 eta 76/2013 Irizpenek gogorarazten dutenez, 212/2012 Irizpenaren 53.etik 57.era bitarteko paragrafoak aipatuta):

(…)

Irizpen horietan aipatutako jurisprudentzia hainbatetan erabili du Auzitegi Gorenak ondoren emandako epaietan, hala nola 2012ko otsailaren 23koan (RJ 2012\4239), non honako hauek aipatu baitira: 2011ko urriaren 11ko epaia (RJ 2011\7727), 2010eko azaroaren 5ekoa (RJ 2010\7934) eta 2009ko otsailaren 16koa (RJ 2009\1238). Horietan guztietan, kaltearen antijuridikotasunari buruzko baldintzari dagokionez, honako hau gogorarazi da:

> (…) hori ez da lotzen administrazio-jarduna zuzenbidearen araberakoa izateari edo ez izateari, jardunaren emaitzak administratuak jasan behar ez duen kalte bat eragiteari baizik. Eta egintzak deuseztatzeko kasuei dagokienez, administrazio-ebazpenaren deuseztapen hutsak ez du kalte-ordainerako eskubidea eragiten; hala ere, kalte-ordain hori eman daiteke, deuseztapenak herritarrari berak jasan behar ez dituen kalte indibidualizatu eta ekonomikoki ebaluagarri batzuk eragin badizkio; horrenbestez, ez da Administrazioren jardun antijuridikoaren alderdi subjektiboa, kalte-ordainerako eskubidea atxikitzeko eskatu behar dena, baizik eta kaltearen legezkotasunik ezaren xedea ─hau da, herritarrak ez du betebehar juridikorik kalte hori pairatzeko─, kasu horretan lesioaren antijuridikotasuna desagertu egingo bailitzateke. Horrek esan nahi du antijuridikotasunaren azterketa ez dela planteatu behar deuseztatutako egintzaren legezkotasunari buruzko epaiketaren ikuspegitik, argi baitago antijuridikoa zela (dagokion auzitegiak hala deklaratu duelako), beste ikuspuntu batetik baizik: hain zuzen, dena delako egintzaren ondorio kaltegarrien ikuspuntutik, baina ondare-erantzukizuna erreklamatzen duen subjektua aintzat hartuta. Halakoetan, bada, antijuridikotasuna kaltetuak ondorio kaltegarriak jasateko obligazio juridikorik ez izateari dago lotuta, hala baitio 30/1992 Legearen 141.1 artikuluak.

Beraz, kalte-ordaina emateko betebeharraren oinarri moduan eskatu behar dena ez da alde subjektiboa ─Administrazioaren jardun antijuridikoa─, alde objektiboa baizik ─kaltearen legezkotasunik eza─, hau da, kalte-galeren egiazkotasuna, erreklamaziogileak horiek pairatzeko beharrik ez izatea, eta eragindako kaltearen eta egintza eragilearen arteko derrigorrezko kausaltasun harremana.

EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak hainbatetan azaldu du bere iritzia, adierazitakoarekin bat datorrena; besteak beste, 2006ko ekainaren 2ko epaian (1495 /2002), non AJAPELren 142.4 artikuluari dagokion jurisprudentzia-doktrina jasotzen baitu. Hala, administrazioaren jardun baliogabetu batek eragindako kaltea lesio antijuridikotzat jo behar den ala ez ebazteko, honako kasu hauek bereizi behar dira:

> a) kaltea eragin duen ezeztatutako administrazio-jarduketa araudian ezarritako ahalmenen erabileratik datorrenean; horietan, datu objektiboak aplikatuta, lehendik daukan eskubidetzat jo beharko zen; eta b) beste egoera batzuk, non geroago ezeztatu zen egintza ahal diskrezionalen erabileratik datorrenean; horietan, araudia kasuari aplikatuta, Administrazioak elementu subjektiboak edo zehaztu gabeko kontzeptu juridikoak txertatu behar ditu.

Hala, jurisprudentzia-doktrina finkatuaren arabera (Auzitegi Gorenaren 2015eko ekainaren 25eko epaian aipatu da, hain zuzen, 2122/2013 AGEn), kaltea jasateko beharra egongo da, Administrazioaren jarduna ahal diskrezionalen erabileraren ondorioa denean; halakoetan,

Administrazioak hainbat alternatiba ditu, juridikoki berdinak, muga bakarra EKren 9.3 artikuluak debekatzen duen arbitrariotasuna izanik, baldin eta hautatutako bideak "arrazoizkoa eta arrazoitua" izaten jarraitzen badu.

Era berean, ez da antijuridikoa izango araudian ezarritako ahalmenen erabileratik datorren kaltea, "araudian elementu guztiak jasotzen dituen aurretiazko definiziorik ez badago, eta horren ordez, zehaztu gabeko egitate juridikoen teknika aplikatuz, 'kasu zehatz batean, bidezko konponbide bakarra batera gertatzen diren inguruabarren balorazioa...' lortzea bada, hori ere, baldin eta hautatutako bideak 'arrazoizkoa eta arrazoitua' izaten jarraitzen badu".

Eta gainera: "Baliteke, erabat araututa dauden ahalmenak erabiliz emandako egintzen aurrean, sakrifizio indibiduala egin behar izatea, egintza geroago ezeztatzen bada ere; horrela da, egintzak interes orokorrak betetzea zeregin duen (hortaz, ezin da geldirik geratu bere erabakiak berrikusi eta ezeztatu ondoren —kasu guztietan eta baterako inguruabarrak aintzat hartu gabe— kaltedunari kalteak aurrekontu publikoen kargura ordaindu beharko dituen beldurrez) Administrazio publikoari eskatzeko moduko arrazoizkotasunaren mugetan gauzatzen direlako".

Gauzak horrela, aipatu antijuridikotasunaren baldintza aztertzeko, zehaztu behar da ea erreklamaziogileak baduen ala ez duen betebeharra administrazio-egintzak judizialki baliogabetzearen ondoriozko kaltea jasateko. Agerikoa da epaiketa horretan bi une prozesalak bereizi behar direla, legez kontrako bi erabaki administratiboak baliogabetzea daukagulako.

Edonola ere, aipatu behar da funtzio publikoaren esparruan: (i) hautaketa-prozesu batean edo lanpostuak betetzeko prozesu batean borondatez parte hartzeak ez duela lanpostu bat lortzeko eskubide kontsolidatua zehazten, baizik eta lortzeko itxarokizun huts bat, prozesua arautzen duten eta izangai guztiek bete behar dituzten erregelekin bat; eta (ii) justizia-auzitegietan errekurtsoak jartzeko aukera Konstituzioaren bermeetan bilduta dagoela, EKren 106.1 artikuluaren arabera, auzitegiek erregelamenduak egiteko ahala eta administrazio-jardunaren legezkotasuna kontrolatzen baitute, baita jardun horrek jarduna bera justifikatzen duten helburuak bete behar izatera ere, eta hori jurisdikzio horretan jarritako administrazioarekiko auzi-errekurtsoaren bidez artikulatzen da.

Lehenengo jarduketan, argi dirudi EAEJANk berezitzat jotzen duen kasuistika konplexua dagoela errekurtsogilea prozesuan onartzearen edo ez onartzearen inguruan. **Lehiaketaren oinarriak eta administrazio-egoera partikularra konparatzeak interpretazio-esparrua egotea ahalbidetu zuen, ... arloan izandako araudi-aldaketen eta Osakidetzaren antolamendu-erabide berriaren ondorioz. Hori dela eta, egintza arautuen esparruan mugitzen garen arren, sortutako kasuistika bereziak pentsarazten digu erreklamaziogilea baztertzea arrazoitzeko aukera bat zuen esparruaren aurrean gaudela. Gauzak horrela, kasu honetan antijuridikotasunaren baldintza ez dela betetzen, eta, hortaz, erreklamaziogileak kaltea pairatzeko betebehar juridiko daukala ondoriozta dezakegu.**

... Osasun Zentroko lanpostuaz jabetu aurretiko lan-esperientzia kontuan ez hartzeko erabakia ezeztatzeari dagokionez, ezin dugu iritzi bera izan. Halaxe ulertu da **EAEJANren epaian —lehenago aipatutakoan—; horren arabera, ez dago arrazoirik ... diplomadun gisa eman-**

dako zerbitzuak ez zenbatzeko, oraingo ... erizain titulazioaren baliokidea dela kontuan hartuta. Horrenbestez, auzitegiaren hitzetan, diskriminazio arbitrarioa eta arrazoigabea da, administrazioak MJBA andreari egiten diona. Hori dela eta, ezin dugu ondorioztatu administrazioaren jarduna ─lehiaketa epaia betez ebaztea─ arrazoizkoa eta arrazoitua zenik. Horiek horrela, ondorioztatu behar da kasu honetan betetzen dela aipatutako kalte-galeren antijuridikotasunaren baldintza; hortaz, kalte horiek ordaintzeko modukotzat jo behar dira.

61/2018 ABJI, par.: 26.etik 47.era

Laburbilduz, abiapuntu gisa, onartu behar dugu **zehapena deuseztatzeak, era abstraktuan, kalteak sor diezazkiokeela erreklamaziogileari**; hala ere, halako kasuak aztertzean antijuridikotasunean eta ─argi dago─ kaltea egotean eta horren eraginean jarri behar da arreta.

Izan ere, zehapena deuseztatzearen ondoriozko ondare-erantzukizunaren arloan, gauza bat da zehapena antijuridikoa izatea ─deuseztatzeko arrazoia─ eta beste bat zehapen hori ezartzeak kalte antijuridiko bat sortzea.

Antijuridikotasuna aztertzean planteatutako kontuaren mamiari helduz, ebazpen-proposamenaren arabera, kasu honetan ez dago antijuridikotasunik, uste baita **udalaren jarduna "tolerantzia tartea" delakoan burutu dela edo, bestela esanda, jardun hori arrazoitua eta arrazoizkoa dela, hargatik eragotzi gabe geroago administrazio-bidean deuseztatzeko aukera.**

Batzordea ez dator bat argudio horrekin, bere iritziz antijuridikotasunik eza ez baita, inola ere, egiazta daitekeen kontu bat, kasuaren inguruabarrak sakonki aztertzen badira.

Egia da hasiera batean **diziplina-ahala gauzatzeak beti ondorio juridiko batzuk ekartzen dituela** (prozedura batean zehar, eta, hala badagokio, zehapena ezartzean), eta administrazio publikoen zerbitzura dihardutenek ondorio horiek jasateko betebeharra dutela, legean oinarria duten heinean.

Alabaina, kasu honetan ere automatismo guztiak baztertu behar dira, eta kasuan-kasuan aztertu nola gauzatu duen Administrazioak ahalmen hori. Aztertzen ari garen kasuan, udalak berak aitortu du badaudela arrazoiak ezarritako zehapena deuseztatzeko; are gehiago, deuseztapenaren arrazoiak behar den arretarekin aztertzen baditugu, gutxienez hiru alde oso esanguratsu agertzen dira, Batzordearen iritziz, antijuridikotasuna udalak proposatzen ez bezala baloratzea dakarrenak.

Izan ere, lehenik, zehapenaren sorburuan JCM jaunaren eskaera dago, Aste Santuko oporrei buruzkoa, erantzunik jaso ez zuena. Jardun hori nekez sar daiteke "jarduketa arrazoitu eta arrazoizkoaren" kontzeptuan, administrazio publiko guztiei dagokien ebazpenak emateko legezko betebeharra kontuan hartuta ─APELren 21.1 artikulua─.

Era berean, kontuan izan behar da **diziplina-ahala ez dela hautazkoa** (deuseztapenaren ondoriozko erantzukizunaren kasuetan, administrazioaren jardunaren arrazoizkotasuna baloratzeko beharrari buruzko doktrina sortzen den ohiko esparrua da) **arautua baizik, hargatik eragotzi gabe diziplina arloko arau-hausteen tipifikazioetan zehaztu gabeko kontzeptu juridikoak egotea; horiek kasuan-kasuan egoki zehaztea eskatuko dute**.

Gainera, udal administrazioak ez zuen ohartarazi isiltasuna positiboa zela; izan ere, isiltasuna alegatu egin zen eta hura egiaztatzeko eskatu zen esanbidez, aukerako berraztertzeko errekurtsoa gaitzetsi zelako jakinarazpena bidali baino lehen ─diziplina-espedientearen 175. orria─, eta gainera, arau orokor gisa xedatuta dago Herri Administrazioen Araubide Juridikoaren eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzko azaroaren 26ko 30/1992 Legearen 43. artikuluan (gaur egun, APELren 24. artikulua). Hain zuzen, oporrak baimentzeko eskaerei dagokienez ─kasu horretan bezala─, abuztuaren 5eko 1777/1994 Errege Dekretuaren 3.1 artikuluak ezartzen du onartutzat jo daitezkeela, esanbidezko ebazpenik eman gabe hilabete bat igarota.

84/2018 ABJI, par.: 37.etik 45.era

C) Bide publikoak mantentzea

Akatsak galtzada eta errepideetan

Oinezkoak ibiltzeko zoladuraren akatsei dagokienez, Batzordearen iritziz, saihestezina da irregulartasun txikiak egotea. Batzorde honek behin baino gehiagotan adierazi du tamaina txikiko oztopo batekin estropezu egin eta erortzeak antijuridikotasunik gabeko kaltea dakarrela, administratuak jasan beharrekoa (besteak beste, 129/2007 eta 58/2009 irizpenak). Kasu honetan, hala ere, **udal txostenean eta horri erantsitako argazkietan 4 zentimetroko sakonera ikus daiteke; tamaina horretatik aurrera, irregulartasun horrek eragindako istripu baten ondoriozko kaltea antijuridikotzat jo liteke.**

Alabaina, arrazoibide hori, esan bezala, oinezkoak ibiltzeko guneei aplikatzen zaie, eta ezin da erabilera hori ez duten beste toki batzuetan aplikatu. Erreklamaziogileak berak argi eta garbi zehaztu du ─eta txosten teknikoei erantsitako argazkiek egiaztatzen dute─ **zuloa zegoen tokia: oinezkoentzako pasagunetik hurbil, baina hortik kanpo, ibilgailuak aparkatzeko gune batean.**

Horri dagokionez, esan dugun bezala, **ezin zaio udalari espaloiei ─edo oinezkoak ibiltzeko beste tokiei─ dagokien estandar berbera eskatu**; bestela, udalerriko zoru osoak bete behar duen estandarra igo beharko litzateke, maila onena, baina seguruenik eutsiezina izan dadin.

Erreklamaziogileak berak kaltea sortzean izan zuen erantzukizuna aztertze aldera, Zirkulazioari buruzko Araudi Orokorraren 124. artikuluan ezarritakoa gogoraraztea komeni da; horren arabera, "oinezkoentzako pasaguneak dauden tokietan, galtzada zeharkatzera doazenek pasagune horietatik zeharkatu beharko dute, eta ez inguruetatik" (1. apartatua). Artikulu berak gaineratzen duenez, "oi-

nezkoentzako pasagunetik kanpo galtzada zeharkatzeko, ziur jakin behar da inolako arrisku edo oztoporik sortu gabe egin daitekeela".

Hori dela eta, **egokitutako pasabideetan (espaloiak eta oinezkoentzako pasaguneak) ez bada, oinezkoak ziurtatu behar du arriskurik gabe pasa daitekeen ala ez; horretarako, toki horretan dagoen trafikoa zein galtzadaren egoera hartu beharko ditu kontuan**.

Inguruabar horiek nahikoak dira, Batzorde honen iritziz, udala erantzukizunetik libre uzteko, erreklamaziogileak berak hartu baitzuen galtzada toki desegokian zeharkatzeko erabakia, behar bezala seinaleztatutako pasagunea erabili beharrean; horrela, arriskuan jarri zuen bere osotasuna, eta hautsi egin zuen kalearen irregulartasunaren eta kaltearen arteko kausazko lotura.

143/2018 ABJI, par.: 27.etik 32.era

Kale-garbiketa

Kontuan izan behar dugu **edukiontzien gunea dela, hau da, ez dela oinezkoentzako igarobidea, hondakinak ─behar bezala sailkatuta─ uzteko tokia baizik**, ordutegi jakin batean. Begien bistakoa da gunearen egoera herritarren ardura dela, eta beren betebeharrak betetzeko moduaren araberakoa dela; hondakinen ezaugarriak direla eta, ezinezkoa da tokiaren garbitasun perfektua bermatzea (prentsako berri laburrek egiaztatzen dute batzuek gizalegearen kontrako jokabideak dituztela; ez mankomunitateak, ez udalak, ezin dute hori saihestu eta kontrolatu, ikuskapen- eta kontrol-ahalak neurrigabe erabiltzen hasi gabe).

Hasiera batean, **beira edukiontzi bat hustean edo lekuz aldatzean, saihestezina izan daiteke likido bat isurtzea edo beira-hondakinak erortzea**; egia da une horretan garbitu behar dela, batez ere substantzia oleaginosoak edo likido labainkorrak kentzeko, **baina ez da zentzuzkoa zoruan isuritako likidoaren arrasto bat ere ez geratzeko eskatzea**; adibidez, euriaren ondorioz zorua nahitaez bustita geratzen da eta labainkor dago, eta lehortzeko denbora bat behar izaten da (erreklamaziogileak dio bai galtzada, bai espaloia bustita zeudela egun hartan).

Bestalde, Administrazioari funtzionamendu maila egokia bermatzeko ardura eskatzeaz gain, oinezkoari ere eskatu behar zaio hondakinak edukiontzien gunean uzteari loturiko arriskuak kontuan hartzeko, ezinezkoa baita zoladura guztiz garbi egotea. Izan ere, herritarrak edukiontzietara iristeko toki bat aukeratzen duenean, bere egoeraren arabera hartu ahal dituen neurri guztiak baliatu beharko ditu, aukeratu duen bide horren ageriko edo ohiko ezaugarrietara moldatzeko, edo balizko arriskuei aurre egiteko.

Kasu horretan, erreklamaziogileak alegatutakoa abiapuntu hartzen badugu, aztertzekoa da estropezua lehenago beira-edukiontzi bat egon zen toki batean gertatu zen ala ez. Erreklamaziogileak ondo ezagutuko du tokia, bere zaborra bertan uzten duelako ─egunero edo zerbitzuak eskatzen duen aldizkakotasunez─. Hala bada, seguruenik, bere borondatez

onartu zuen ohiz kanpoko tokitik joateko arriskua, eta istripua horren ondorioz gertatu zen, antza denez, dagozkion neurriak hartu gabe ibili zelako.

Elementu horiek guztiak ikusita, Batzordeak ez du uste mankomunitateak erantzukizuna duenik, istripuaren eta zerbitzu publikoaren funtzionamenduaren arteko kausaltasun harremana frogatu ez delako.

3/2018 ABJI, par.: 61.etik 65.era

Udalaren ebazpen-proposamenak bide-garbiketaren ardura duen enpresa kontratistari esleitzen dio erantzukizuna, FCCri, Sektore Publikoaren Kontratuen Legearen testu bateginak (SPKLTB) 214. artikuluan xedatutakoa aplikatuz. Testu bategin hori azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren bitartez onartu zen.

Baina Batzordeak uste du **kontratistak eduki dezakeen erantzukizunari buruzko iritzia eman aurretik argi eta garbi zehaztu behar dela zer zerbitzuren ezohiko funtzionamenduak eragin duen**, hala badagokio, **erreklamaziogileak alegatutako kaltea.**

Horretarako, arestian adierazitakoa kontuan hartuta, bide-garbiketaren alorrean esleitutako eskumenean udalak izan duen jarduketa aztertuko dugu lehendabizi.

Udalak FCC enpresarekin **sinatutako kontratuak behartzen du merkatuaren garbiketa-lanak "merkatuaren jarduera bukatu ondoren" egitera, eta istripua 11:30ean gertatu zen.**

Merkatuari buruzko Erregelamenduaren arabera, merkatua egunero egingo da, igande eta jaiegunetan izan ezik; **merkatuaren ordutegia 07:30etik 11:00etara izango da**, eta ezin izango da gainditu ordutegi hori, ez murriztuta ez eta luzatuta ere, postuak muntatu edo erretiratzeko izan ezik; horretarako, 15 minutu izango dituzte jarduera hasi aurretik eta bukatu ondoren.

Hori dela medio, enpresako langileek 15 minutuko tartea izango dute garbiketa-lanak egiteko; guk uste dugu kontratatutako zerbitzua emateko estandar hori ez dela arrazoizkoa.

Merkatua garbitzeko lanak enpresa kontratistak egin behar baditu ere, horrek ez du esan nahi enpresa denik posturen batetik isuritako elementuren edo produkturen batek edozein unetan eragindako kalte guztien erantzule. Kaltea kontratua betetzearen ─kasu honetan, ez betetzearen─ ondorio den neurrian erantzun beharko du enpresak, baina kasu honetan ezin da egiaztatu hori.

Kontratistari ezin zaio udalari berari eskatuko litzaiokeen estandarra baino goragoko estandarrik eskatu eta, kasu honetan, merkatua bukatzen denetik dagoen epe laburra ez da nahikoa merkatua garatzeak sortutako arriskuaren erantzukizuna merkatua egon den lekua ondoren garbitzeaz arduratzen den enpresari egozteko. Esaten ari garenez,

horrek eskatuko luke udalak kontratatutako enpresak ─hots, merkatuaren antolamenduaren azken arduradunak─ nekez bete dezakeen edo bete ezin duen estandar hoberena ezartzea.

Beraz, ez dator bat SPKLTBan eta kontratuan ezarritakoarekin udalak egiten duena, hau da, merkatutik eratorritako isurien erantzukizuna udalak egiten duen automatismoarekin enpresa kontratistari ematea kontuan hartu gabe ─arestian esan dugun bezala─ kontratua betetzeko garaian eska daitekeen arrazoizko estandarra edo eginbidea.

Aurreko ondorioa kontuan hartuta, erorikoa merkatuko postuak kendu aurretik gertatu izan balitz bezala balioetsi behar da, eta ondorio horrek erreklamazioaren azterketa kasu honetan lotutako beste eskumenera, hau da, azoken eta kaleko salmentaren eskumenera bideratzen du; izan ere, azkenean, isuriaren jatorria eta isuriak erorikoarekin izan duen zuzeneko harreman kausala ez ditu zalantzan jarri udalak.

Merkatua egitearen ondorioz hirugarrenei eragindako kalteak udalari egozteko aukera egingarria izango da baldin eta kaltearen harreman kausala eta antijuridikotasuna egiaztatzen badira.

Ondorio horietarako, udalak azoken Erregelamendua gehitu du. Erregelamendu hori 2006. urtean onartu zuen behin-behinean udal osoko bilkurak, eta urte horretako abenduaren 18an behin betiko argitaratu zen Gipuzkoako Aldizkari Ofizialean.

Merkatuari buruzko Erregelamenduaren arabera, merkatua egunero egingo da, igande eta jaiegunetan izan ezik; merkatuaren ordutegia 07:30etik 11:00etara izango da eta ezin izango da gainditu ordutegi hori, ez murriztuta ez eta luzatuta ere, postuak muntatu edo erretiratzeko izan ezik; horretarako, 15 minutu izango dituzte jarduera hasi aurretik eta bukatu ondoren.

Merkatuaren antolaketa eta zuzendaritza "Zerbitzuen Batzorde" baten ardurapean egongo da, zeinak arlo horretan egiten diren erreklamazioei erantzungo dien eta haien gaineko ebazpena proposatuko dion udal organo eskudunari ─ulertzen da merkatuaren antolaketarekin lotuta dauden erreklamazioei erantzungo diela soilik; ez, ordea, udalaren ondare-erantzukizunarekin lotuta daudenei─.

Era berean, ezartzen du merkatua bukatu ondoren lekua garbirik utzi behar dela eta soberakin, zabor, paper eta abar pilatuta utz daitezkeela, udal garbitasun-zerbitzukoek gero jaso ditzaten.

Merkatuari buruzko Erregelamenduan xedatuta ez dagoenari dagokionez, merkataritza-jarduna antolatzeari buruzko maiatzaren 19ko 8/1983 Legean (uste dugu 9/1983 Legea aipatu nahi izan dutela) eta lege hori garatzen duten gainerako xedapenetan ezarritakora joko da, eta gai honen inguruan Udalak ematen dituen ebazpenetara.

Arauketa honetan atentzioa ematen duen lehenengo gauza zera da, arauketa 2006. urtean onartu bazen ere maiatzaren 19ko 9/1983 Legeari erreferentzia egiten jarraitzen duela; azken lege hori merkataritza-jarduerari buruzko maiatzaren 27ko 7/1994 Legeak indargabetu zuen.

Okerreko igorpen horrek agerian jartzen du egokitzapen formalik ez izateaz gain funtsezko arautegia desberdina dela kaleko salmentaren antolaketari dagokionez, ondoren ikusiko dugunaren arabera.

Maiatzaren 19ko 9/1983 Legeak, gaur egun indarrean dagoen legeak bezala (maiatzaren 27ko 7/1994 Legea), aste bakoitzean gehienez ere bi egunetara mugatzen zuen kaleko salmentaren aldizkakotasuna. Hori bai, lehenengo legeak, salbuespenez, aukera ematen zuen kasu batzuetan egun kopuru hori gainditzeko; esate baterako, sasoiko produktu galkorren salmentaren kasuan.

Indarrean dagoen maiatzaren 27ko 7/1994 Lege horrek ez du biltzen salbuespen hori leku edo eremu jakin batzuetan kokatutako eta aldizkakotasun finkoko aldizkako merkatu tradizionaletarako, eta badirudi hemen aztertzen ari garen merkatua kasu horretan sartzen dela. Horrek esan nahi du merkatu horren aldizkakotasunak ez lituzkeela gainditu beharko aste bakoitzeko bi egunak, baina, Merkatuari buruzko Erregelamendutik ondorioztatzen denaren arabera, kasu honetan eguneroko aldizkakotasuna dauka, igande eta jaiegunetan izan ezik; arauketa hori *contra legem* da, eta kontuan har daiteke kaltearen antijuridikotasuna aztertzeko garaian, jarduerari lotutako arriskua proportzio berean areagotzen duelako.

Beste gauza bat da isuriaren hirugarren eragilearen esku-hartzeak kasu honetan izango lukeen eragina. Ordenantzak argi eta garbi ezartzen du merkatua bukatu ondoren lekua garbirik utzi behar dela, soberakin, zabor, paper eta abar guztiak kenduta. Horregatik, ez da salbuetsi behar isuria eragin zuen postuaren titularraren azken erantzukizuna, baldin eta jarduketa axolagabea izan zuela egiaztatzen bada. Dena den, gai horrek ez dio eragin behar erreklamaziogileari; izan ere, istripua merkatua kenduta zegoenean gertatu zenez, erreklamatzailearen aurrean merkatua sustatzen duen Administrazioak erantzun behar die merkatua garatzearen ondorioz izan diren eta, berriro diogu, partikularrak jasan behar ez dituen kalteei.

Argi dago erorikoaren kausa zein izan den, eta argi dago, halaber, erorikoa eragin zuen isuria udalak sustatu eta arautzen duen merkatuarekin lotuta dagoela. Udalak ere ez du zalantzan jartzen kaltearen antijuridikotasuna; soil-soilik FCC enpresari egozten dio. Era berean, garrantzitsutzat hartu behar da merkatua jendea ibiltzen den leku batean jartzen dela, eta leku horretan merkatura joaten direnak eta, adibidez, udaletxera joaten direnak elkar daitezkeela. Horren guztiaren ondorioz, Batzorde honek uste du **badagoela tokiko erakundearen ondare-erantzukizuna, betiere alde batera utzi gabe erakunde horrek ordaindutako dirua azken isuria eragin duen postuaren titularrari eskatu ahal izatea, baldin eta egiaztatzen bada titular horrek merkatuan hartu duen lekua garbi uzteko betebeharra bete ez duela.**

76/2018 ABJI, par.: 26.etik 46.era

D) Erregistroak

Alde erreklamaziogileak honako honetan oinarritzen du bere erreklamazioa: EAEko izatezko bikoteen erregistroan izena ematerakoan, "ez zen egiaztatu betekizun guztiak betetzen nituela, eta zehazki, ez zitzaidan abisatu dibortziatuta eta ez bakarrik bananduta egon behar nuela, …; ondorioz, urte hauetan guztietan, oker uste nuen ez zela beharrezkoa bikotekide ohiarengandik dibortziatzea, eta oraingo bikotea behar bezala eratuta zegoela. Ondorioz, bikotekide ohiak, bere izatezko bikotekidea hil ondoren, ezin izan zuen alargun-pentsioa jaso, aurreko bikotekidearekiko ezkontza-lotura oraindik desegin gabe zegoelako".

Gauzak horrela, IBALren 2. artikuluak honako hau ezartzen du, besteak beste, "Gainera, bikoteko kideek, ez batak ez besteak, ezin dute ezkontza edo izatezko bikotearen bidezko loturarik izan beste inorekin ere".

Halaber, bikotea izatezko bikoteen erregistroan inskribatzeak izaera eratzailea du, IBALren 3.1 artikuluaren arabera, halako moldez non ez den legez eratutzat joko, erregistro horretan (edo udal-erregistroetan, halakorik duten herrietan) agertzen ez bada, eta ez zaizkie aplikatuko izatezko bikotearen estatutu juridikoa zehazten duen legeko gainerako aurreikuspenak.

Gure 139/2016 Irizpenean adierazi genuenez, "Bikoteak izena emateko jarraitu zuen prozesu osoan, eskatzailea bananduta zegoela aitortu zen une oro, eta halaxe agertzen da, gainera, aurkeztutako agiri guztietan. Horretarako, halaxe egiaztatzen zuen epaia aurkeztu zuen. Beraz, hasiera-hasieratik agerian egon zen bien arteko lotura ezartzea legez ezinezkoa zela. Prozesu osoan zehar, Administrazioak eragozpen horren berri izan zuen, eta, hala ere, onartu egin zuen inskripzioa".

Irizpen horretan, halaber, inskripzioa ofizioz berrikusteko eskaera ukatzeko faktore esanguratsua izena eman zenetik igarotako denbora zen: 15 urte. Eta adierazi genuenez, "kasu honetan ere denboraren muga zeharkatu ezin den oztopo bat da. Izan ere, aurretik jakin izan balute izatezko bikotea eratzeko araura egokitzen ez zirenik, MJTC andreak egoera aldatu ahalko luke, eta dibortzioa eskatu, hala izatezko bikotea eratu ahal izateko. Gaur egun ezinezkoa da hori, izatezko bikoteko beste kidea hil egin baita".

Argudio horiek eta honako hau "aldi honetan zehar bikotekideak beren lotura guztiz baliagarria zelako uste osoan aritu dira, eta beren jarduera errealitate horren araberakoa izan da izatezko bikotea izan diren bizitza osoan, kideetako bat hil den arte" kontuan hartuta, berrikuspenak 30/1992 Legearen 106. artikuluan ezarritako mugak gaindituko zituela, eta, beraz, iraungi arte indarrean jarraitu beharko zuela.

Alabaina, **gauza bat da EAEko izatezko bikoteen erregistroan izena ematea, eta beste bat, oso desberdina, bikote horiei loturiko pentsiorako eskubidea onartzea, hala badagokio.**

Hala, gogoratu behar dugu izatezko bikoteen kideak Gizarte Segurantzaren arloko neurriei buruzko abenduaren 4ko 40/2007 Legearen bidez onartuak izan direla heriotzatik eta biziraupenetik eratorritako prestazioen onuradun gisa. Egindako erreformak idazketa berria eman zion Gizarte Segurantzaren Lege Orokorraren testu bategina onetsi duen ekainaren 20ko 1/1994 Legegintzako Errege Dekretuaren 174.4 artikuluari:

> Artikulu honetan ezarritakoaren ondorioetarako, izatezko bikotetzat hartuko da ezkontzakoaren antzeko afektu-harremanean eratutakoa, hura eratzen dutenek, ezkondu ezinik ez dutelarik, ez badute beste inorekin ezkontza-loturarik eta errolda-agiri egokiaren bidez frogatzen badute bizikidetza egonkor eta agerikoa zutela kausatzailea hil aurreko bost urteko epe batean, gutxienez, etenik gabe. Izatezko bikotea osatu izana egiaztatzeko, bikoteak bizilekua duen tokiko autonomia-erkidegoan edo udalean hartarako berariaz den erregistroren batean izena eman izanaren ziurtagiria aurkeztu beharko da, edota bikotea eratu izana jasotzen duen dokumentu publiko bat. Bai aipatutako inskripzioa, bai kasuko dokumentu publikoa kausatzailearen heriotzaren eguna baino bi urte lehenagotik eginak izan beharko dira, gutxienez.
>
> Zuzenbide zibil berezia duten autonomia-erkidegoetan, legeria horretan zehaztutakoaren arabera izendatuko eta egiaztatuko dira izatezko bikoteak; nolanahi ere, bete egin beharko dute aurreko lerrokadan adierazitako bizikidetza-betekizuna.

Azken paragrafo hori Konstituzioaren kontrakoa zela deklaratu zuen Konstituzio Auzitegiak, martxoaren 11ko 40/2014 Epaian, iritzi baitzuen zuzenbide zibil propioa duten autonomia-erkidegoek izatezko bikotea eratzeko, eta, hala badagokio, alargun-pentsioa eskatzeko baldintzak beste era batera arautzeak berdintasun-printzipioa urratzen zuela. Izan ere, auzitegiaren iritziz, Gizarte Segurantzaren erregimen publikoak bakarra eta bateratua izan behar du Espainiako herritar guztientzat; beraz, alargun-pentsioa jasotzeko betekizunek guztientzat berdinak izan behar dute, autonomia-erkidegoen zuzenbide zibil propioen berezitasunak kontuan hartu gabe.

Ondoren, apirilaren 7ko 51/2014 Epaian, honako hau adierazi zuen Konstituzio Auzitegiak:

> Gizarte Segurantzaren Lege Orokorraren 174.3 artikuluko xedapenari erreparatuz gero, konturatzen gara ez dela egia izatezko bikote batzuei prestaziorako eskubidea onartzen zaiela, eta beste batzuei ez; kontua da bikote batzuk ez direla izatezko bikotetzat jotzen legearen ondorioetarako, eta beste batzuk bai. Izan ere, aipatu arauaren laugarren paragrafoan, bikote batek apartatuan jasotako erregulazioaren ondorioetarako izatezko bikote izateko bete behar dituen baldintzak ezarri ditu legegileak, hain zuzen: “artikulu honetan ezarritakoaren ondorioetarako, izatezko bikotetzat hartuko da ezkontzakoaren antzeko afektu-harremanean eratutakoa, hura eratzen dutenek, ezkondu ezinik ez dutelarik, ez badute beste inorekin ezkontza-loturarik eta errolda-agiri egokiaren bidez frogatzen badute bizikidetza egonkor eta agerikoa zutela kausatzailea hil aurreko bost urteko epe batean, gutxienez, etenik gabe”. Izatezko bikotea osatu izana egiaztatzeko, bikoteak bizilekua duen tokiko autonomia-erkidegoan edo udalean hartarako berariaz den erregistroren batean izena eman izanaren ziurtagiria aurkeztu beharko da, edota bikotea eratu izana jasotzen duen dokumentu publiko bat. Bai inskripzioa, bai dagokion agiri publikoaren formalizazioa gertaera kausatzailearen heriotza-data baino bi urte lehenago gauzatua izan beharko da gutxienez”. Hau da, Gizarte Segurantzaren Lege Orokorraren 174.3 artikuluak bi betekizun desberdin aipatzen ditu: materiala —eragilea hil aurreko gutxienez bost urteetan (aurre-aurrekoetan) izatezko bikotekidearekin bizi izana—; eta formala, ad solemnitatem, hau da, egiaztatzea bikotea Zuzenbidearen aurrean izatezko bikote gisa eratu dela, eta ezkontideen artekoa bezalako maitasun-harre-

mana duela, prestazioa eragin duen egitatea gertatu baino bi urte lehenagotik (40/2014 KAE, martxoaren 11koa, 3. OJ). Eta hori guztia, aurretiko premisa subjektibo hau hartuta: bikotekideek ezkontzeko eragozpenik ez izatea, eta beste pertsona batekin indarrean dagoen ezkontza-loturarik ez izatea.

Horrek esan nahi du, legearen ondorioetarako, baldintza horiek guztiak betetzen ez dituzten bikoteak ez direla araudi horrek babesten duen bikote egonkortzat jotzen; legegileak egitate arautuaren kasuari heltzekotan hautatutako aukera da, prima facie arbitrario edo irrazionala ez dena. Izan ere, ikuspegi horretatik, apirilaren 23ko 93/2013 KAEn (7. OJ) adierazi genuen legegileak more uxorio elkarbizitza-erregimenak ezar ditzakeela, zuzenbidean beste modu batera (ezkontza ez bezala) jasotzen direnak; aldi berean, hainbat baldintza ezartzen ditu erregimen horiek eraginkortasunez aintzat hartzeko, ondorio zehatz batzuk esleituta. Era berean, oraingoan arrazoitu behar da familia-egoera horiek aintzat hartzeak ez duela esan nahi legegileak berdin tratatu behar dituenik more uxorio elkarbizitza egiaztatua eta egiaztatu gabea, edo legean jasotako frogabideen bidez egiaztatutakoa eta halako frogarik ez duena, arrazoizkoa baita esatea frogabide horiek eskubideen esleipenak segurtasun juridikoaren betekizunak betetzea bermatzen dutela.

Auzitegi Gorenak antzeko kasuak aztertu bitartean jaso du aipatu doktrina. Horien artean, azpimarratu behar da 1142/2017 Epaia, martxoaren 2koa —errekurtsoaren zk.: 3134/2015—, doktrina bateratzeko emandakoa, honako hau adierazi duena 174.3 artikuluari dagokionez: "Arau horrek hitzez hitz dioenetik ondorioztatzen da **ezkontzeko eragozpenik ez duten eta beste batekin ezkonduta ez dauden pertsonek osatutako bikoteak bakarrik hartzen direla izatezko bikotetzat alargun-pentsioaren ondorioetarako**". Ondorio gisa, "pentsioa eragiteko, ez da nahikoa izatezko bikoteen erregistroan izen ematea; horrez gain, bizikideek ezin dute ezkontzeko eragozpenik izan".

Honaino iritsita, argi dago arlo horretan bi errealitate desberdin batera daudela: bata **autonomia-erkidegoen legedian ezarritako izatezko bikoteen erregimenak eratuta dago**; eta bestea Gizarte Segurantzaren erregimena da, hainbat betekizun ezartzen dituena, izatezko bikoteek heriotza eta biziraupenaren ondoriozko prestazioak jaso ditzaten.

Lehenengo kontuari dagokienez, azpimarratu behar da autonomia-erkidegoen **legedian ez dagoela araubide unibokorik**; izan ere, desberdintasun substantzialak ikus daitezke legedi horien testuetan. Interesatzen zaigunari dagokionez, zerrenda osoa emateko asmorik gabe, **izatezko bikotea eratzeko baldintza moduan ezkontza-loturarik eza eskatzen ez duten lege autonomiko batzuk aipa daitezke**. Jakiteko: 25/2010 Legea, uztailaren 29koa, Kataluniako Kode Zibilaren bigarren liburuarena (pertsonari eta familiari buruzkoa); 5/2012 Legea, urriaren 15ekoa, Valentziako Erkidegoko Izatezko Bikote Formalizatuei buruzkoa; eta 11/2001 Legea, abenduaren 19koa, Madrilgo Erkidegoko izatezko bikoteena.

Horrek esan nahi du autonomia-erkidego horietan izatezko bikoteek, erregistroan izena emanez, aipatu araudiek lurralde-eremu horretan ematen dizkieten eskubideak izango dituztela. Alabaina, horrek *per se* ez dakar beste lege batzuetan araututa dauden eskubideak sortzea; eskubide horiek legeotan ondorio horietarako ezarritako baldintzen arabera sortuko dira. Hori

dela eta, kasu honetan eztabaidatzekoa ez da erregistroko inskripzioaren garrantzia edo garrantzirik eza, baizik eta alargun-pentsiorako eskubidea eragiteko aukera, izatezko bikoteko kideek ezkontzeko eragozpenak dituztenean, beste pertsona batekin ezkonduta daudelako.

Argi dago ─Konstituzio Auzitegiaren apirilaren 7ko 44/2014 Epaiak izatezko bikotekideak ezkonduta daudenetan alargun-pentsioa erreklamatzeko tituluen konkurrentzia saihesteko segurtasun juridikoa argudio gisa aipatuz adierazitakoa gorabehera─ oraingoa bezalako kasuetan ez dagoela sortzapen bikoitza sortzeko aukerarik; alderantziz, desagertu egiten da prestaziorako eskubidea.

Nolanahi ere, **alargun-pentsiorako eskubidea izateko, EAEko eskumenekin zerikusirik ez duen legediak ezarritako baldintzak bete behar dira, eta erregistroan izena ematea horietako bat da, bakarra izan gabe**.

Halaber, ez da ahaztu behar, azpimarratu dugunez, izatezko bikoteen kasuan, alargun-pentsiorako eskubidea MJCT andrearen izatezko bikoteak erregistroan izena eman eta gero onartu zela araudiaren bidez. Izan ere, erreklamaziogileak seguruenik bazuen araudi hori eta bertan ezarritako betekizunak promulgatu izanaren berri, araudia promulgatu zenetik epea luzea baitzuen, hala badagokio, bere egintzak araudiaren eskakizunetara egokitzeko.

Are gehiago, **erreklamaziogilea seguruenik uste zuen izatezko bikotea erregistroan inskribatu izanak ─ukatu ez zitzaionez─ pentsioa jasotzeko eskubidea sortuko zuela; hala pentsatuta ere, ez zuen babes berezirik, ezta kalte-ordaina jasotzeko eskubiderik ere.** Horri dagokionez, gogorarazi behar da Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia ─bidezko konfiantza ondare-erantzukizunaren esparruan─ 2014ko ekainaren 16ko epaian (RJ 2014/3448). Horren arabera, "bidezko konfiantzaren babesak ez ditu partikularraren mota guztietako uste psikologiko subjektiboak jasotzen; izan ere, alde konkretu batzuei loturiko 'konfiantza' bakarrik babesten du, Administrazioak eragindako seinale edo kanpoko egitateak ─nahikoa biribilak─ oinarri dituena". Bestalde, "gauza bat jasotzeko eskubiderik ez duenak gauza hori jasotzen ez badu, gauza hori jaso ez izanak ez dio kalterik eragiten…; horrela da, ukapenaren ondorioz sor daitekeen kalte ekonomikoa ezin baita antijuridikotzat jo, partikularrak eskatutakoa ematea legean eskatzen ez delako" (besteak beste, 2010eko azaroaren 2ko AGE, RJ 5215/2006). Epai horretan Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren doktrina aipatu da; horren arabera, **"inork ezin du bidezko konfiantzaren printzipioa urratzea arrazoitzat aipatu, Administrazio eskudunak berme zehatzak eman ez badizkio"**.

Hori guztia dela eta, kaltea begi-bistakoa izan arren, esan behar da ezin dela kausaltasun harremanik ezarri EAEko izatezko bikoteen erregistroan izena ematearen eta alargun-pentsioa ukatzeko erabakiaren artean, ez baitira bete pentsioa jasotzeko betekizunak; ondorioz, kaltea ezin da antijuridikotzat jo.

11/2018 ABJI, par.: 32.etik 50.era

E) Hezkuntza-zerbitzua

Hezkuntza-zerbitzuaren ezaugarriak direla-eta, prestakuntza-prozesuan berezko arriskuak daude. Horren arabera, ondare-erantzukizuna dagoela ziurtatzeko, kaltea zerbitzuaren funtzionamenduaren ondorioa dela egiaztatu baino gehiago egin behar da (31/2005 Irizpena). Bestalde, administrazio publikoen ondare-erantzukizunaren sistema ez da arrisku orotarakoa, eta hori ere kontuan hartzekoa da (50/2003 Irizpena). "Administrazioak zerbitzu publiko bat ematen duenean, eta zerbitzua emateko azpiegitura materialen titularra denean, Administrazio Publikoen ondare-erantzukizun objektiboko indarreko sistemak ez ditu administrazio horiek aseguratzaile unibertsal bilakatzen, administratuen gertaera kaltegarri guztiei aurrea hartzeko, administrazio-jarduna edozein izanda ere. Bestela, erreklamaziogileak nahi duen bezala, probidentzia-sistema izango litzateke, eta hori ez dago jasota gure ordenamendu juridikoan" (besteak beste, Auzitegi Gorenaren epaia, 1998ko ekainaren 5eko AGE).

Horiek horrela, hezkuntza-zerbitzuaren arloko erantzukizun-erreklamazio bat aztertzen denean, arreta bereziaz aztertu behar dira kasuaren inguruabarrak; **izan ere, ikastetxean gertaturiko edozein istripu ez da berez izango eskola-zerbitzuei egozteko modukoa, ezta ondare-erantzukizunaren sorburua ere.** Administrazioak kalte hauek baino ez ditu ordaindu beharko: ikastetxe publikoetan gertaturiko istripuen ondoriozkoak, baldin eta administrazio publikoen ondare-erantzukizuna aitortzeko legez behar diren betekizunak betetzen badira. Ikastetxeetako gertakarietatik ondare-erantzukizuna sortuko bada, behar-beharrezkoa izango da kalteak zerbitzu horren osagairen bati berez edo besterik gabe egotzi ahal izatea —irakaskuntzako jarduera, instalazio edo elementu materialak eta zaintza edo jagoletza, lehenago aipatu bezala—, eta ez zerbitzuz landako beste faktore batzuei, kaltetuari dagozkionei alegia (31/2005 Irizpena).

Batzorde honen irizpena jaso behar duen kasuan, erreklamaziogileen arabera, fiskaltzak egindako ikerketa-eginbideetatik ondorioztatu da ez zegoela inolako jardunbide edo protokolorik hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleen segurtasuna etxerako bidean bermatzeko edo kontrolatzeko; halaber, ikastetxeak ez zuen eskola-garraioaren zerbitzuaren funtzionamendua kontrolatu, gainbegiratu edo horren jarraipena egiteko sistemarik, eta gainera, ez zen lehenengo aldia antzeko istripua gertatzen zela. Azken hori, hala ere, ez zen kontuan izan premia bereziak dituzten ikasleen kasuan —hildako adingabearena bezalako kasuetan— dagozkion jagoletza- eta kontrol-neurriak hartzeko.

Erreklamaziogileen iritziz, zerbitzu publikoak ez zuen normaltasunez funtzionatzen, ez baitzen bete eskola haurren eta adingabeen garraioko segurtasun baldintzei buruzko apirilaren 27ko 443/2001 Errege Dekretuan jasotako araudia —eskola-garraioa arautzen duena—, ezta Euskal Autonomia Erkidegoko unibertsitatez kanpoko ikastetxe publikoetako ikasleen eskola-garraioari —garraioaren arloan eskumenak dituen sailak finantzatutakoari— buruzko maiatzaren 19ko 69/2015 Dekretuan dagoena ere.

Erreklamaziogileek jarraitzen dutenez, aipatu araudietatik ondorioztatzen da honako baldintza hauek bete behar direla zerbitzua emateko: gidaria ez den laguntzaile bat arduratuko da haurrak zaintzeaz garraiatu bitartean eta ibilgailura igo eta bertatik jaistean [443/2001 Errege

Dekretuaren 8.1 a) artikulua]; adin nagusiko pertsona batek haurrak zainduko ditu ibilgailura igo eta bertatik jaitsi bitartean, ikastetxearen ondoan egiten bada [443/2001 Errege Dekretuaren 10.4 artikulua eta 69/2015 Dekretuaren 8.1.c) artikulua]; eta ikastetxeko zuzendaritzak une oro kontrolatu eta ikuskatuko du eskola-garraioaren zerbitzua (69/2015 Dekretuaren 7.1 artikulua).

Betebehar horietako bakar bat ere ez zen bete, beraz, agerikoa da Hezkuntza Sailaren eta ... BHI zentro publikoaren erantzukizuna. Ez zen neurririk hartu adingabeak autobusa hartzea saihesteko, eta ondorioz, adingabe desgaitua zenez, babesik gabe geratu zen, istripu hilgarria eragin zezakeen arriskuan.

Aitzitik, Hezkuntza Administrazioak bidalitako ebazpen-proposamenaren arabera, bete egin zen eskola-garraio publikoa arautzen duen araudia. Argudiatzen dutenez, … BHI ikastetxea ohiko zentroa da, non urritasunak dituzten ikasleak ikasten duten; bakoitzak bere egoeraren arabera egokienak diren arloetako eskola eta jardueretan hartzen du parte, eta gainerako denbora Zereginen Ikaskuntzarako Gelan igarotzen du. Ikaslea behar bezala integra dadin, "Banakako Igarotze Plana" prestatzen da; hildako adingabearen kasuan, planak honako hau jasotzen zuen autonomiari buruzko atalean: "ikasgelara garaiz heltzeko behar duen denbora bere kabuz kontrolatu —geltokira bakarrik joan—; eskola-autobusa hartzeko gai izan".

Helburu hori betetzeko, ez zeukan protokolo edo kontrol berezirik; hortaz, ez zen beharrezkoa zentroan sartu eta irtetea eta autobusean igo eta jaistea bereziki kontrolatzea, lehenengo astean joan-etorriak ondo egiten zituela ziurtatu ondoren.

… urte zituen adingabearen zaintza ez zen ikastetxearen berariazko eginkizuna. Dirudienez, adingabeak nahikoa autonomia maila zuen: astearteetan musika-eskolara bakarrik joaten zen, eta herrian ikusten zen asteburuetan eta egunero.

Hitz batez, istripu hilgarriaren arrazoia ez zen ikaslea ez zaintzea, ezin baitzen aurrez jakin zentrotik irtengo zela eta … errepidetik oinez etxera joango zela; ez zen haur txiki bat, gazte bat baizik, eta "konturatzen zen egiten zuenaz".

Kasu honetan, **Batzordearen arabera, eskola-garraioari buruzko araudia urratu ez bada ere, ez da kontuan hartu sentikortasun sozialaren maila eta zerbitzuaren benetako garapena kontuan hartuta eskatu behar den batez besteko errendimendu-estandarra, hezkuntzak gaur egun ezartzen duena** (1999ko otsailaren 16ko AGE, Arz. 1622), kasuaren inguruabarrak aintzat hartuz gero.

Eskola-garraioari dagokionez, honako gogoeta hauek egin behar dira.

69/2015 Dekretuak, maiatzaren 19koak, Euskal Autonomia Erkidegoko unibertsitatez kanpoko ikastetxe publikoetako ikasleen eskola-garraioari —garraioaren arloan eskumenak dituen sailak finantzatutakoari— buruzkoak, Hezkuntza Administrazioak arlo horretan bere gain hartzen dituen betebeharrak ezarri ditu.

Aipatu dekretuak, hemen interesatzen zaigunari dagokionez, oinarrizko hezkuntzan zehar ikasten den autonomiarekin eta lortzen den heldutasunarekin koherentzia gordeta, xedatzen du, halaber, ahal izanez gero, hezkuntzan eskumena duen sailak kontratatutako ibilgailuen ibilbideen modalitatea erabiliko dela haur hezkuntzako bigarren zikloko eta lehen hezkuntzako ikasleen kasuan (normalean, hamabi urte bete arte); bestalde, derrigorrezko bigarren hezkuntzan (12 urtetik 16 urtera), ahal bada, garraio publiko erregularra (autobusa, tranbia, metroa, trena) erabiltzea lehenetsiko da; kostua ikasleek ordainduko dute, eta eskola-garraiorako banakako esleipenen bidez finantzatuko da.

Bestalde, 10. artikuluak, hezkuntzaren arloan eskumenak dituen sailak kontratatutako autobus-ibilbideetarako autobus-laguntzaileei buruzkoak, honako hau xedatzen du: "Eskola Umeak eta Adin Txikikoak Garraiatzeko Segurtasun Baldintzei buruzko 443/2001 Errege Dekretuan ezarritako zirkunstantziak juntatzen diren ibilbideetan, eskola-garraioko laguntzaileen zerbitzua antolatuko da", hainbat irizpide betez; irizpide horiek, berriro ere, koherenteak dira ikasleen autonomia eta heldutasun mailarekin; horrela, arau orokor gisa, garraiatzen diren ikasleen % 50 12 urtetik beherakoa bada, eskola-garraioko laguntzaile bat ipiniko da (ikasleak 4 urtetik beherakoak direnean, dekretuarekin bat, autobus berean sekula ere ez dira garraiatuko 4 urtetik beherako 15 ikasle baino gehiago; beste ibilgailu batekin ibilbidea bitan zatitzeko aukerarik ez badago edo zerbitzuaren antolaketaren arloko arrazoiak direla eta komenigarria ez bada, 15 ikasleko edo 10eko zein hortik gorako frakzioko laguntzaile bat kontratatuko da).

Era berean, 69/2015 Dekretuaren 7.1 artikuluak ikastetxeko zuzendaritzari honako hauek esleitzen dizkionean: "zerbitzuaren gaineko segimendua, kontrola eta gainbegiraketa egitea, eta bai ikasleen portaeren edo zerbitzu ematearen ondoriozko intzidentziak edo salaketak kudeatzea ere", gainbegiraketa eta kontrol horiek zerbitzu osoari dagozkio, baina horrek ez du esan nahi ibilgailura igo eta jaisteaz arduratu behar duenik, edo, hala badagokio, ikasleen bila joan eta ikastetxerako bidean (joan-etorrian) lagundu behar duenik. Jakina denez —*ex* Hezkuntzari buruzko maiatzaren 3ko 2/2006 Lege Organikoaren 132.b) artikulua—, zuzendariak ikastetxearen jarduera guztiak zuzendu eta koordinatu behar ditu.

Hortaz, ondoriozta daiteke 69/2015 Dekretua ez dela urratu, 12 urtetik beherako ikasleen kopurua % 50 baino txikiagoa baitzen adingabeak hartzen zuen autobusean.

Hala ere, egia da **dekretuak ez dituela jasotzen kasu bereziak, adibidez, garraiobidea erabiltzen duten ikasleek hezkuntza-premia bereziak dituztenean; halakoetan, ikaste mailak eta adinak ez dute argi adierazten zer den ikaslearen autonomia eta heldutasun maila.**

Bestalde, erregulazio autonomikoak 443/2001 Errege Dekretuari buruz egiten duen aipamena ikusita, komeni da gogoan gordetzea aipatu dekretuaren 8.1.a) artikuluak, oro har, honako hau xedatzen duela: ikasleek erabiltzen dituzten garraio publiko erregularretan, bidaiatzen diren ikasleen heren bat (edo gehiago) ikasturtea hasten denean hamasei urtetik beherakoak badira, derrigorrezkoa izango da ibilgailuan laguntzaile bat egotea, baldin eta "garraiobidean

hezkuntza bereziko ikasleak bidaiatzen badira; halakoetan, laguntzaileak lanbide-prestakuntza egokia izan beharko du, hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasle horiek behar bezala zaintzeko".

Alabaina, eskakizun hori beste gogoeta guztiak alde batera utzita ezartzen da, hortaz, ez zaio … BHI zentroari aplikatzen, ez baita hezkuntza bereziko zentro bat, hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasle batzuk, hildako adingabea bezala, izan ahal dituen arren.

Eskola-garraioaren kontrol eta gainbegiraketari dagokienez, 443/2001 Errege Dekretuaren 10.4 artikuluarekin bat, adingabeak ibilgailuan igo eta bertatik jaitsi bitartean (ikasleen heren batek edo gehiagok hamasei urtetik beherakoa baldin bada) adin nagusiko pertsona batek gainbegiratu beharko ditu, ikastetxearen ondoan bada, baina, era berean, horren helburua "modu ordenatuan egiten dela ziurtatzea" dela aipatzen du.

Azterketa horretatik Batzordeak ondorioztatzen du kasu horretan ez zela beharrezkoa ez laguntzaile bat egotea, ez adin nagusiko pertsona batek ikasleak modu ordenatuan igotzen direla gainbegiratzea.

Alabaina, aipatu bezala, eta Batzordearen doktrinarekin bat, ondare-erantzukizuna aztertzeko, batez ere, aztergaia zerbitzu publikoen funtzionamendua denean, zerbitzuaren errendimendu-estandarra gehitu behar da azterketa-parametro gisa, kasuaren zirkunstantzia objektiboak kontuan hartuta estandarra bete den argitzeko; hala bada, alegatutako kaltea ez da antijuridikotzat hartuko.

Kasu honetan, argi dago **Hezkuntza Administrazioak adingabea kontrolatu eta gainbegiratu behar zuela —baita eskola-garraioa osatzen duen jardueran ere—, bere egoera pertsonalaren arabera.**

Zirkunstantzia pertsonal horiek aztertzean, Batzordeak beharrezkotzat jotzen du hildako adingabeak zuen Smith-Magenis (SSM) sindromearen ezaugarriak azaltzea, labur-labur bada ere. Erreklamaziogileek SSMren ezaugarriei eta gomendioei buruzko informazio-agiria erantsi dute, Espainiako Pediatria Elkartearen webgunean dauden informazioekin bat datorrena (http://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/sindrome_de_smith-magenis.pdf).

Smith-Magenis (SMS) sindromearen (OMIM 182290) ezaugarria larritasun desberdineko adimen-atzeratasuna da, eta sortzetiko malformazio batzuei lotuta egoten da; ondorioz, ezaugarri fisiko, garapen eta jokabide jakin batzuk dituen eredu bereizgarria osatzen da, erraz ezagut daitekeena. Portaeraren nahasmenduak sindromearen ezaugarri dira, eta areagotu egiten dira nerabezaroan: bat-bateko aldarte-aldaketak, arreta-arazoak eta antsietatea.

Hain zuzen, kasu honen azterketarako garrantzitsua delako, azpimarratu behar da sindromea duten pertsonek zailtasun bereziak izaten dituztela jarduera batetik bestera pasatu behar dutenean, eta eguneroko ohiturak mantendu behar dituztela; eguneroko zereginetan gertatzen den bat-bateko aldaketa batek krisia eragin dezake haien jokabidean.

Bigarrenik, hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleen hezkuntza-erantzunaren inguruko berezitasunak aztertzea komeni da.

Ikasleei aitortzen zaizkien oinarrizko eskubideen artean, Hezkuntzarako eskubidea arautzeko 8/1985 Lege Organikoaren 6.3.h) artikuluari jarraikiz, honako hau dago: "Hainbat arlotako gabeziak eta desabantailak (pertsonalak, familia-arlokoak, ekonomikoak, sozialak eta kulturalak) konpentsatzeko behar dituzten laguntzak jasotzeko eskubidea dute ikasleek, batez ere hezkuntza-premia bereziak badituzte, hain zuzen ere Hezkuntza Sisteman sartzea eta bertan irautea zailtzen dizkieten hezkuntza-premia bereziak badituzte".

Ildo beretik jarraituz, hezkuntzari buruzko maiatzaren 3ko 2/2006 Lege Organikoaren (HLO) 73. artikuluak, hain zuzen, honela definitzen ditu hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleak: "Ezgaitasunak edo jokabide-nahaste larriak izateagatik eskolatze-aldi batean edo eskolatze osoan berariazko hezkuntza-laguntzak edo hezkuntza-arretak behar dituztenak dira hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleak". Ikasle horiek eskolatzeari dagokionez, HLOren 74.1 artikuluak dio normalizazio- eta txertaketa-printzipioei jarraikiz egingo dela; salbuespenez bakarrik eskolatuko dira ikasle horiek hezkuntza bereziko unitate edo zentroetan: ikastetxe arruntek aniztasunarekiko arretarako hartzen dituzten neurrien esparruan ikasle horien premiei erantzun ezin bazaie. Azkenik, HLOren 110.2 artikuluak xedatzen duenez, "Hezkuntza-administrazioek ikastetxeen baldintza fisikoak (eskola-garraioa barne) eta teknologikoak egokitzeko programak sustatuko dituzte, eta ikasleen premietara egokitutako baliabide materialez eta curriculuma lortzeko baliabideez hornituko dituzte, ezgaituak bereziki kontuan hartuta. Baliabide horiek ez dira diskriminazio-faktore izango, eta ikasle guztiak txertatzeko eta guztien irisgarritasun unibertsalerako laguntza bermatuko dute".

Hezkuntzari buruzko legeek esanbidez adierazten dute Hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleek laguntza, laguntza-neurriak eta, bereziki, arreta berezia behar dituztela; horiek gabe ezinezkoa da behar bezala eskolatzea.

Berariazko laguntza, laguntza-neurri eta hezkuntza-arreta horiek barnean hartzen dute eskola-garraioa, honako egoera bi hauetan: desgaitasun fisiko baten ondorioz ikasleak ohiko garraioa erabili ezin duenean, banakako diru-laguntzak jaso ditzake; edo bestela, ohiko garraioa erabiltzen du, baina neurri egokiak hartu behar dira, ikaslearen desgaitasun psikikoa edo sentsoriala kontuan hartuta.

Premisa horiek abiapuntu hartuta, gogorarazi behar da, Estatu Kontseiluak behin baino gehiagotan esan duenez (besteak beste, 2002ko uztailaren 18ko 1.889/2002 Irizpenean eta 2002ko uztailaren 25eko 1.680/2002 Irizpenean), eta Batzorde hau iritzi berekoa da, hezkuntza bereziko zentroetako irakasleek eta arduradunek arreta berezia jarri behar dutela ikasleen ezgaitasun fisiko eta psikikoei erantzuteko; arreta hori berdin eskatzen da ohiko ikastetxeetan ikasten duten eta hezkuntza-premia bereziak dituzten ikasleen kasuan.

Aztertzen ari garen kasuan, ezagunak ziren adingabeak zuen sindromearen ezaugarriak, eta bere "Banakako Igarotze Planaren" helburuetan, adingabeak lortu behar zuen autonomiaren arloan, klasera garaiz heltzeko denbora kontrolatzen jakitea zegoen, baita "eskola-autobusa hartzeko gai izatea" ere. Plan horretan, eskola-autobusa hartzeko gai izatea 2020. urterako helburu gisa

finkatu zen, eta horrek egiaztatzen ditu gazteak zailtasunak zituela helburu hori betetzeko, eta denbora behar zuela horretarako.

Espedientetik ondorioztatzen da, gainera, ikastetxeak kontrol-neurri bereziak hartu zituela adingabea etxez aldatu zenean; hori guztiz koherentea ohituren aldaketak izan ditzakeen ondorioekin, sindromearen ezaugarriak kontuan hartuta.

Izan ere, familia etxez aldatu zenean, egoera berriari loturiko arriskuari (autobusez joateko beharra) aurre egiteko, ikastetxearekin telefonoz koordinatu zen, ikasleak joan-etorriak ondo egiten zituela ziurtatzeko.

Hartutako kontrol-neurriak irakasleen zein senide baten parte-hartzea eskatzen zuen, adingabea galdu ahal izan zen, edo desorientatu, ikastetxetik autobuserako bidean, etxetik geltokira joatean, autobusetik jaisterakoan edo etxe berrira itzultzeko bidean.

Astebete igarota, antza denez, familiarekin adostu ondoren, hartutako neurri berezia murriztu egin zen: autobusa hartu behar zuela edo musika-eskolara joan behar zuela esaten zitzaion adingabeari.

Espedienteak egiaztatzen dituen datuek argi erakusten dute neurri hori aplikatzeko denbora ez zela nahikoa izan. Alde batetik, familia etxez aldatu zen; objektiboki, gaztearen ohiturak nabarmen aldatzea ekarri zuen horrek (lehenago, etxetik 500 metrora zegoen ikastetxera oinez joaten zen; etxez aldatu eta gero, egunero eskola-autobusa hartu behar zuen). Eta bestaldetik, adingabeak autobusa hartzea ahalbidetzen duen autonomia maila lortzea 2020. urterako lortu beharreko helburutzat ezarri bazen, ondorioztatu behar da gaztearen autonomia mugatuta zegoela eta denbora beharko zuela muga horiek gainditzeko.

Testuinguru horretan, **egoera berriari erantzuteko ezarritako neurria ezarri eta handik astebetera kentzea eta, horren ordez, ikaslea ohartaraztea zerbitzuari eskatu behar zaion funtzionamendu-estandarraren kontrakoa dela ematen du**.

Izan ere, argi geratu zen ezarritako kontrol-neurri berria ez zela nahikoa; adingabeak pairatzen zuen sindromera egokitutako kontrol-neurririk gabe, etxe-aldaketak eragindako arriskua gauzatu egin zen handik hilabete eskasera: egun hartan, irakasleek autobusa hartu behar zuela esan zioten arren, ikaslea ez zen autobusera igo, inor konturatu gabe, eta ikastetxeko eskola-garraioaren arduradunek jasota utzi gabe.

Hezkuntza-zerbitzuaren zatia denez, eskola-garraioaren funtzionamendu txarrak sortutako arriskua Hezkuntza Administrazioak hartu zuen bere gain; irakasle arduradunek kontu handiagoz jokatuz gero, saihestu egingo zen adingabea desorientatzea eta galtzea.

Urritasun psikikoa duen gaztea gainbegiratzeak eta kontrolatzeak, administrazioaren jardunari eskatzen zaion estandarra betetze aldera, bat etorri behar du zerbitzuaren funtzionamendu normalean espero daitekeenarekin, eta kasu horretan ez zen bete, adingabeak ez baitzuen jaso behar zuen arreta eta zaintza.

Horrez gain, Batzordeak, kasuaren zirkunstantziak aztertuta, ezin du aipatu gabe utzi **istripu tamalgarria gertatzea nabarmen baldintzatzen duen beste zirkunstantzia bat: autobusa joan zenetik —adingabea igo gabe— ibilgailu batek harrapatu arte igarotako denbora-tarte luzea (17:00etatik 20:39era).**

Etxera … errepidetik joatea (gau beltzean) erabaki baino lehen aurkitu balute, harrapatzea ez zen gertatuko.

Kontu horri dagokionez, erreklamaziogileek azaltzen dute gaztea bilatzen hasi zirela, baina 19:00etara arte familiako kide bat ere ez zela harremanetan jarri ikastetxearekin, eskola-garraioaren zerbitzu osagarriaren funtzionamendu erregularra askoz ere lehenago amaitu zen arren.

Gauzak horrela, **gurasoen legezko betebeharra ere —seme-alaba adingabeez arduratzea—** (Kode Zibilaren 154.1 artikulua) kontuan hartu behar da, jasaten dituzten kalteen erantzukizunari buruzko iritzia ematerakoan. Gurasoek ezin dute hezkuntza-zerbitzuaren esku utzi seme-alabak zaintzeko ardura osoa. Gurasoei eskatzen zaien jokabide ereduak kontuan izan behar ditu, jakina, seme-alaben adina eta osasun-egoera. Zaintza-betebeharrak oso zorrotzak dira, haurrak oso txikiak direnean, baita bere kabuz moldatzea eragozten duen desgaitasunen bat dutenean ere. Hori dela eta, kasu honetan, gurasoei —Hezkuntza Administrazioari bezala— ardura handiagoa eskatzen zitzaien.

Hirugarren batek eragindako kaltea dela esan daiteke, baina horrek ez du ezabatzen Administrazioaren erantzukizuna, bere ardurapeko zerbitzu publikoaren funtzionamendu-irizpideetan kaltea saihesteko behar den jarduera jasota badago.

Kausazko loturaren kontzeptua, administrazio publikoen ondare-erantzukizuna egiaztatu ahal izateko, oro har, nekez defini daiteke *a priori*; izan ere, gertaera kaltegarri gehienak ez dira kausa baten ondorioak, hainbat egitate eta baldintzaren emaitza baizik, eta egitate eta baldintza horiek independenteak edo elkarri lotuta egon daitezke (1998ko azaroaren 28ko AGE [RJ 1998, 9967]; 1999ko maiatzaren 4ko AGE [RJ 1999, 4910]).

Era berean, "kausalitate egokia" eskatu behar da. Ondorioz, honako galdera hau erantzun behar da: "kaltea sortzea gertakarien bilakaera normalean espero izatekoa zen, ala, alderantziz, ezin zen aurreikusi. Izan ere, lehenengo kasuan bakarrik ondorioa kaltea eragin zuen jardunari badagokio, horrekin bat dator, jardunarekiko kausazko lotura du eta kalte-ordaina emateko betebeharraren oinarri hartzen da" (1998ko azaroaren 28ko AGE [RJ 1998, 9967]).

Bestalde, jurisprudentziak orokorrean adierazi du administrazio-jardunaren eta kaltearen arteko kausazko loturak zuzena, berehalakoa eta esklusiboa izan behar duela, administrazio publikoen ondare-erantzukizuna dagoela ondorioztatzeko. Hala eta guztiz ere, kausazko lotura hori —bereziki zerbitzu publikoen funtzionamendu anormalarengatik gertatzen diren kasuetan— zeharka edo era konkurrentean ager daiteke. Horrek erantzukizun moderatua eragin dezake, ala ez (besteak beste, 1967ko urtarrilaren 8ko epaia, 1984ko maiatzaren 27koa, 1986ko api-

rilaren 11koa [RJ 1986\2633], 1988ko uztailaren 22koa, 1997ko urtarrilaren 25ekoa, 1997ko apirilaren 26koa, 1999ko maiatzaren 4koa [Arz. 4910]).

Kasu horretan, istripua egitate baten ondorioa da, eta egitate horren erantzukizuna Hezkuntza Administrazioari eslei dakioke, zeharka bada ere, adingabea autobusera igo zela ziurtatzeko kontrol- eta zaintza-neurriak hartu ez zituelako. Hala ere, badago beste elementu bat, zalantzarik gabe, azken ondorioa eragiteko ahalmen kausala duena: **inork ez zuen egiaztatu ea 17:00ak eta laurdenean etxera heldu zen ala ez. Ondorioz, ia hiru ordu eta erdiz noraezean ibili zen, desorientatuta, errepidetik gauez eta elementu islatzailerik gabe zihoala, ibilgailu batek harrapatu zuen arte.**

Hitz batez, Batzordearen iritziz, gertatutakoaren erantzukizun osoa ezin zaio Hezkuntza Administrazioari leporatu, eta gurasoen jokabidea semearen heriotzak eragindako kalteagatik dagokien ordaina murrizteko arrazoitzat erabili behar da.

Hainbat adibide aurki daitezke Zibileko Salaren jurisprudentzian, hala nola 1996ko ekainaren 25eko AGE (RJ 1996\4853), 1997ko otsailaren 17koa (RJ 1997\1426), 1998ko maiatzaren 30ekoa (RJ 1998\4112) eta 2007ko ekainaren 6koa (RJ 2007/5557).

Horren arabera, **Administrazioaren erantzukizun moderatua ehuneko berrogeita hamarrekoa da.**

120/2018 ABJI, par.: 37.etik 91.era

F) Osasun-zerbitzuak

Borondatearen kontra zentro batean sartzea

Kasua aztertu baino lehen, atariko gogoeta moduan, adierazi behar da buru-nahastearen ondorioz borondatearen kontra zentro batean urgentziaz sartzea Prozedura Zibilari buruzko urtarrilaren 7ko 1/2000 Legearen 763. artikuluan xedatutakoa betez burutu zela. Horren arabera, legeak epailaren esku uzten du eragindako pertsonaren eskubideak babesteko ardura.

Oro har, **legearen arabera, baimen judiziala nahitaezkoa da, eta aipatutako barneratzearen aurretik eman behar da, salbu eta, urgentziazko arrazoiengatik, neurria berehala hartzea beharrezkoa denean.**

Kasu horretan, **barnealdia egin den zentroko arduradunak ahalik eta arinen emango dio barnealdiaren berri auzitegi eskudunari,** eta beti hogeita lau orduko epean, neurri horren manuzko berrespena egiteko. Berrespen hori egin behar da, hirurogeita hamabi orduko epean, auzitegiak barnealdiaren berri duenetik zenbatuta.

Zentro batean sartutako pertsonaren berme gisa, honako hau ezartzen du legeak: **baimena eman aurretik edo jada egin den barnealdia berretsi aurretik, auzitegiak entzungo ditu erabakiak ukitu pertsona, Fiskaltza eta beste edozein pertsona, baldin eta auzitegiak**

azken horren agerraldia egokitzat jotzen badu edo neurriak ukitu pertsonak hala eskatzen badu. Gainera, kasuan-kasuan garrantzitsu izan daitezkeen frogetatik beste edozein gauzatzeari kalterik egin gabe, auzitegiak bere kabuz aztertu beharko du barnealdia jasango duen pertsona, eta berak izendatu duen medikuaren irizpena entzungo du. Barnealdi-neurriak ukitu pertsonak ordezkaritza eta defentsa izan ditzake jardun guztietan, Prozedura Zibilaren Legearen 758. artikuluan ezarritakoaren arabera. Auzitegiak barnealdiaren inguruan hartu erabakiari apelazio-errekurtsoa jar dakioke.

Barnealdia agindu duen ebazpen berean adieraziko da, barneratuta dagoen pertsonaren zaintzaz arduratutako medikuek auzitegiari aldizka informazioa eman behar diotela neurria iraunarazteko beharrizanari buruz; horri kalterik egin gabe, auzitegiak beste txosten batzuk eska ditzake, egokitzat jotzen baditu. Aldizkako txostenak sei hilabetero emango dira, auzitegiak epe laburragoa adierazi ezean, barnealdia eragin zuen nahastearen izaera kontuan izanik. Aipatu txostenak jaso ondoren, auzitegiak, bere ustez nahitaezko jarduna gauzatu eta gero, barnealdiari eustearen inguruan bidezkoa dena aginduko du. Dena den, barneratutako pertsona zaintzen duten medikuek uste badute ez dela beharrezkoa barnealdiari eustea, gaixoari alta eman eta berehala auzitegi eskudunari komunikatuko diote hori.

Nahastea duen pertsonaren tutoretza, hitz batez, **agintari judizialaren esku geratzen da,** norberaren askatasunerako oinarrizko eskubideaz gabetzeko neurri bat delako; agintariak zaindu behar du zuzen aplikatzen dela, hau da, nahastea egotea eta barneratze-neurria ezarri beharra eta proportzionaltasuna egiaztatu ondoren.

Kasu honetan, espedientean dagoen dokumentaziotik ondorioztatzen denez, **amaitu egin ziren legeak ezarritako epe luzaezinak, eta** ekainaren 23ko 1046/2006 **Autoak**, Bilboko Lehen Auzialdiko 14. Epaitegiarenak (familia), **berretsi zuen barneratzea**, epaileak berak erreklamaziogileari azterketa egin ondoren, eta epaitegiari atxikitako mediku forentseak irizpena eman ondoren. Horren arabera, erreklamaziogileak "gertakari psikotikoa izan du, beraz, zentroan geratu behar du, tratamendu medikoa jasotzeko". Ministerio Fiskalak ere barneratzearen aldeko irizpena eman zuen.

9/2018 ABJI, par.: 78.etik 84.era

Baimenik ez ematea

Kasuaren azterketari ekin aurretik, hainbat gogoeta egin behar dira gaixotasun mentalen bat duten pertsonen eskubideei buruz, eta, kasu batzuetan, eskubide horiek ahuldu edo aldarazteko arriskuari buruz.

Gaixotasun mentalen bat duten pertsonak herritarrei dagozkien eskubide guztien titularrak dira, berdintasun osoan. Ildo horretan, jarraitzen dute Konstituzioan (EK) oinarrizko eskubide gisa (I. tituluaren II. kapitulua) edo printzipio gidari gisa (I. tituluaren III. kapitulua) aipatutako eskubideak izaten.

Lehenengoen artean, honako hauek aipatu behar dira: 15. artikulua ("Guztiek bizitza eta osotasun fisiko nahiz moralerako eskubidea dute, eta ezin da inoiz torturarik egin, ez eta zigor edo tratu jasanezin edo apalesgarririk ere"), 17.1 artikulua ("Gizabanako guztiek askatasun eta segurtasunerako eskubidea dute. Inori ezin dakioke askatasunik ken, artikulu honetan ezarritakoa betetzen ez bada, eta legean agindutako kasuak eta baldintzak gertatzen ez badira") eta 24.1 artikulua ("Gizabanako guztiek eskubidea dute, beraiei dagozkien eskubide eta interes legitimoak egikaritzean, epaile eta auzitegien babes eragingarria lortzeko, eta ezin daiteke inoiz ere babesgabeziarik gerta").

Bigarrenei dagokienez, honako hauetan jasotakoak dira: 43.1 artikulua ("Osasuna babesteko eskubidea aitortzen da") eta 49. artikulua ("Botere publikoek aurreneurri-, tratamendu-, bizkortze- eta gizarteratze-politika egingo dute elbarri fisikoentzat, zentzumen-elbarrientzat eta elbarri psikikoentzat; horiei, eurek behar duten arreta berezia emango zaie, eta bereziki babestuko dira, titulu honek herritar guztiei ematen dizkien eskubideak egikaritu ahal izateko").

Osasunaren arloko araudiari dagokionez, zalantzarik gabe, pertsona horiek Osasunari buruzko apirilaren 25eko 14/1986 Lege Orokorraren 10. artikuluan ezarritako eskubideak ere badituzte: haien nortasuna, giza duintasuna eta intimitatea errespetatua izateko eskubidea, erabil ditzaketen zerbitzu sanitarioei eta horiek eskuratzeko bete beharreko baldintzei buruzko informaziorako eskubidea, bere gaixotasun-prozesuarekin eta osasun-erakunde publikoetan zein sistema publikoarekin lankidetzan aritzen diren erakunde pribatuetan egindako egonaldiekin zerikusia duen informazio osoaren konfidentzialtasunerako eskubidea, eta abar.

Bestalde, Euskadiko Antolamendu Sanitarioari buruzko ekainaren 26ko 8/1997 Legearen 10.1 artikuluak dioenez, Euskadiko Osasun Sistemak garantizatuko ditu osasun-babesarekiko eskubidearen lege-erregulaziotik eratorritako eskubide eta betebehar instrumental eta osagarrien garapena eta jarraipena, besteak beste, ondokook bultzatuz: zerbitzu sanitarioekin harremanetan ari diren pertsonen nortasuna, duintasuna eta intimitatea ahalik gehien errespetatzea, baita ere prozesu diagnostiko zein terapeutiko guztiak idatzita jasota uzteko dagoen betebeharra gordetzea eta, informazio-betekizunak aurretiaz bete ondoren, kasuan kasuko baimena biltzea.

Hitz batez, **gaixotasun mentalak ez du ezabatzen pertsona orori dagozkion eskubideen titulartasuna, baina pertsona bat eskubide horiek zuzenean erabiltzeko gai ez dela egiaztatzen bada, badago aukera beste batek tutoretza-eginkizunak egoki bete ditzan**, betiere pertsona horren interesaren mesedetan, eta bere duintasuna errespetatuz.

Ildo horretan, azaroaren 14ko 41/2002 Legeak, pazienteen autonomia eta informazio eta dokumentazio klinikoaren arloko eskubideak eta betebeharrak arautzen dituenak, ideia gidari horri erantzuten dioten xedapenak jasotzen ditu.

Laguntzari buruzko informazioa izateko eskubideari dagokionez, 5. artikuluak xedatzen duenez, gaixoari "berak ulertzeko moduan emango zaio informazioa, baita ezgaitasun-kasuetan ere, eta haren legezko ordezkariari informazioa emateko beharra ere beteko da" (2. apartatua); hala ere, honako hau gaineratzen du: "Pazienteak, bere egoera fisiko zein psikikoa dela eta, artatzen ari den

medikuaren irizpideen arabera, informazioa ulertzeko ahalmenik ez badu, harekin familiaz edo izatez loturiko pertsonei jakinaraziko zaie informazioa" (3. apartatua).

Baimen informatuari dagokionez, 9.2.b) artikuluarekin bat, sendagileek pazientearen adostasuna lortu beharrik gabe burutu ahal izango dituzte haren osasunaren aldeko interbentzio kliniko ezinbestekoak, "gaixoaren osotasun fisiko edo psikikorako arrisku larria dagoenean eta gaixoaren baimena lortzea posible ez denean; inguruabarrengatik posible bada, familiakoei edo gaixoari egitez lotutako pertsonei kontsulta egingo zaie". Gainera, 9.3.a) artikuluak xedatzen du adostasuna ordezkariaren bitartez emango dela, "pazientea, asistentziaren ardura duen medikuaren iritziz, erabakiak hartzeko gai ez denean, edo bere egoera fisiko zein psikikoak bere egoeraz jabetzen uzten ez dionean. Pazienteak legezko ordezkaririk ez izatekotan, hari izatez edo familia direlako lotutako pertsonek emango dute baimena".

Azkenik, atariko gogoetak osatze aldera, OLOren 20. artikuluak xedatzen du osasun-administrazio eskudunek, osasun mentalarekin zerikusia duten jarduerak osasun-sistema orokorrean guztiz integratu behar direla, eta gaixotasun mentala duen gaixoa zerbitzu sanitarioak eta sozialak behar dituen beste edozein gaixo bezalakoa dela oinarri hartuta, osasun-zerbitzuek honako irizpide hauen arabera jardungo dute:

> 1.- Osasun mentaleko arazoei eman beharreko arreta komunitate-eremuan emango da, eta lehentasunez erabiliko dira ospitalez kanpoko asistentzia-baliabideak, ospitaleratze partzialeko sistemak eta etxez etxeko arreta, ospitaleratzearen beharra ahalik eta gehien murrizteko.
>
> Haur psikiatriari eta psikogeriatriari dagozkien arazoak modu berezian aztertuko dira.
>
> 2.- Dena delako prozesuarengatik pazientea ospitaleratu behar bada, dagokien ospitale orokorretako psikiatria-unitateetan ospitaleratuko dira.
>
> 3.- Gaixotasun mentalen bat duen gaixoaren arazoei arreta egokia emateko behar diren errehabilitazio eta birgizarteratze zerbitzuak garatuko dira, zerbitzu sozialekin koordinazio egokia lortu nahian.
>
> 4.- Osasun-sistema orokorrean dauden atentzio psikiatriko eta osasun-mentalari begirako zerbitzuek beteko dute, aldi berean, zerbitzu sozialekin koordinatuta, lehen mailako prebentzioen alorra eta, oro har, osasuna galtzearekin batera agertzen diren arazo psikosozialen arreta.

9/2018 ABJI, par.: 62.etik 72.era

Hitz batez, **gaixoak sinatutako agiriak ez ditu aipatzen** erpuruko artikulazio metakarpofalangikoaren artrodesiari (**aintzat hartutako lehenengo aukera, kirurgiari dagokionez**) **loturiko arriskuak**, hala nola, mina, tumefakzioa eta zurruntasuna (Batzordeak kirurgia hori

egiteko baimen informatuaren ereduan egiaztatu duen moduan; Espainiako Eskuko Kirurgia Elkartearen *webgunean* dago eredua). Ez dago esan beharrik **ez dagoela informazio idatzirik** "Trapezektomia eta interposizio-plastia" ebakuntzaren arrisku eta konplikazioei buruz; **ebakuntza, azkenean,** egin zitzaion (H2 Ospitaleko Eskuaren Unitateak jakinarazi du artrodesiaren kasuan bezalakoak direla).

Informazio medikoa jasotzeko eskubidea pazientearen autonomia eta informazio eta dokumentazio klinikoko gaiei buruzko eskubide eta betebeharrak erregulatzeko azaroaren 14ko 41/2002 Oinarrizko Legearen 2. artikuluan jasota dago. Era berean, 4. artikuluak xedatzen duenez, pazienteek, beren osasunaren alorrean egiten den edozein jarduera dela-eta, eskubidea dute hari buruz eskuragarri dagoen informazio guztia ezagutzeko, Legeak salbuetsitako kasuetan izan ezik.

8. artikuluarekin bat, paziente baten osasunean egiten diren jarduera guztiek haren adostasun libre eta borondatezkoa izan behar dute; adostasuna eman aurretik, pazienteak 4. artikuluan esandako informazioa jaso behar du eta kasuan dauden aukerak haztatu. Arau horrekin bat, baimena, oro har, ahoz emango da, baina idatziz eman beharko da ebakuntza kirurgikoetan —9.2 artikuluko salbuespenekin— eta aipatutako beste prozedura batzuetan. 10. artikuluak gaixoari baimen idatzia eskatu aurretik eman behar zaion oinarrizko informazioaren xehetasunak ematen ditu.

Hasiera batean, adierazi genuen (besteak beste, 104 eta 95/2017; 242/2016, 134 eta 119/2014; 4 eta 216/2010 irizpenetan) informaziorik ez ematea *per se* praxi txarra dela, agerian uzten duena ondare-erantzukizuna onartzea dakarren kalte moralaren eragile den zerbitzu sanitarioaren funtzionamendu anormala, baldin eta, jakina, mediku-jardueraren ondorioz kalte bat eragin bada. Irizpide hori bat dator jurisprudentzia-doktrina finkatuarekin, besteak beste, 2015eko maiatzaren 26ko AGE —RJ 2015\3132—; 2012ko urriaren 2koa —RJ 2012\9270—; 2011ko irailaren 30ekoa eta abenduaren 27koa; 2009ko urriaren 22koa —RJ 2009\7632—; 2007ko uztailaren 13koa —RJ 2007\6862—, 2002ko martxoaren 26koa gogorarazten duena —RJ 2002\3956—, doktrina bateratzeko kasazio-errekurtsoa ebaztekoa.

Alabaina, halaber, gogorarazi genuen (besteak beste, 216/2010 eta 98/2009 irizpenak), behin baino gehiagotan aipatutako jurisprudentziarekin bat, ez dela modu erradikalean baztertzen informazioa ahoz eman bitartean emandako baimenaren baliozkotasuna, idatziz ez bada ere, eta idatzizko formarik ezak ez duela eragozten baimena egiaztatutzat ematea beste frogabide batzuk erabilita, idatziz jasotakoak *ad probationem* balio hutsa duelako. Hala ere, baimenik eza nahikoa da frogatu beharraren kargari buruzko arau orokorra inbertitzeko: Administrazioak frogatu behar du eragindakoak informazioa jaso duela eta baimena eman duela [iritzi bera adierazi du Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren 391/2013 Epaiak, ekainaren 18koak, 2012ko azaroaren 20ko AGE aipatzen duenak —RJ 2013\300—].

Kasu honetan, **gaixoari ahoz emandako informazioa baloratzeko daukagun froga bakarra** H1 Ospitaleko traumatologia-zerbitzuak 2014ko martxoaren 27an igorritako egiaztagirian egindako oharra da: "PLANA: ebakuntza kirurgikoa gomendatzen dut. Printzipioz, artrodesia eskuineko eskuko

metakarpoan. Arrisku eta konplikazioak azaldu ditut". Ez dago gaixoari emandako informazioarekin batera egin den beste oharrik (traumatologoak geroago ─ondare-erantzukizuneko prozedura honetan─ egindako txostenean aipatutakoa), teknika kirurgikoaren aldaketari buruz, ezta kontuan izandako teknika biei loturiko arrisku eta konplikazioei buruz ere.

Batzordearen iritziz, kasu honetan, **historia klinikoan egindako oharpen orokorra ez da nahikoa aipatu 41/2002 Legeak eskatzen duen informazioa gaixoari eman zaiola frogatutzat jotzeko.**

49/2018 ABJI, par.: 71.etik 77.era

Batzordearen arabera, osasun-administrazioak aurkezten dituen baimen informatua emateko agirien inprimakietan adingabearen aitaren edo amaren sinadurarik ez dagoela egiaztatuta, **neskaz arduratzen ziren medikuen adierazpenak** (alde erreklamaziogileak ezeztatu dituenak) **ez dira nahikoak gurasoen legezko ordezkariek ebakuntza egiteko baimena eman zutela egiaztatzeko**; baimena eman aurretik, arrisku guztiei ─tamalez gertatu zen heriotza barne─ buruzko informazio osoa eman zen.

Azaldutakoari erreparatuta, Batzordearen iritziz, **osasun-administrazioak ez du egiaztatu OCS adingabearen gurasoak hiltzeko arriskuaz ─egindako ebakuntzari loturikoaz─ informatzeko betebeharra behar bezala bete izana.** Baimen informatuaren agiria ez da behar bezala bete, eta gaixoaren fitxa medikoan egindako oharretan ez da adierazi arriskuaren berri eman izana: ez … medikuak (H1 Ospitaleko kirurgia pediatrikoko zerbitzukoak) 2016ko martxoaren 28an egindako oharrean, ezta … medikuak betetako anestesia aurreko ebaluazioaren agirian ere.

96/2018 ABJI, par.: 68.etik 69.era

Hala ere, oraindik ere erantzun behar zaio BOP jaunaren alegazioari, H1 Ospitalean **drainadura torazikoa ─pneumotoraxaren berezko drainadurarako─ egin aurretiko baimen informaturik ezari dagokionez.**

H1 Ospitaleko Kirurgia Zerbitzuaren txostenaren arabera:

> Morfina, Dolantina eta Enantyum behar dituen pazienteak min handia duenez, guardiako kirurgialaria abisatu da, drainadura endotorazikoa jartzeko; medikuak jakinarazi dio toraxean hodi bat jarri behar diotela, baina ez du baimenaren agiria sinatzeko eman, pazientea etzanda eta minak jota zegoelako.

Hala ere, **Batzordea bat dator erreklamaziogilearekin, drainadura jartzeko baimen informatua ez ematea *lex artis ad hoc* haustea dela, horrela kendu baitzitzaion gaixoari**

neurriaren abantailak eta arriskuak bere adimenduan zegoela ezagutzeko aukera, eta horrek eragin txarra izan ahal izan zuen erabakia hartzeko unean, ez baitzituen ondo ezagutzen abantaila eta arrisku horiek.

Printzipioz, irizpen batean baino gehiagotan gogorarazi genuenez (besteak beste, 242/2016; 134 eta 119/2014; 4 eta 216/2010), jurisprudentzian finkatuta dagoen irizpide gisa onartu behar da (2015eko maiatzaren 26ko AGEk ─RJ 2015\3132─ eta 2012ko urriaren 2koak ─RJ 2012\9270─ gogorarazten dutenez) pazienteari informazio egokia ez ematea *per se* praxi txarra dela. Hala, agerian utzi da osasun-zerbitzuaren funtzionamendu okerra, lesio antijuridikoa eragin duena: kalte morala, ondare-erantzukizuna onartzeko beharra dakarrena, betiere, jakina, jarduera medikoaren ondorioz kalte bat eragin bada. Hala izan da hizpide dugun kasuan.

Osasun-zerbitzuen funtzionamendu okerraren ondoriozko kalte-ordaina emateko betebeharraren norainokoa aztertzean, kontuan izan behar da kalte moral hori ordaindu behar dela jarduketa medikoa praxi medikoarekin bat zetorren ala ez aintzat hartu gabe, baldin eta jardun horren eta ondorio kaltegarriaren artean kausazko lotura badago.

Horrela, kalte-ordaina, oro har, ez zaie lotzen ebakuntzaren ondorio kaltegarriei ─kalte-ordaina ezartzeko irizpide modulatzaileetako bat izan daitezkeen arren─, pazienteen autodeterminazio-eskubidea urratzeari baizik, horrela kentzen baitzaie jakinaren gainean, beren interesen mesederako eta lehentasunen arabera jarduketa medikoari loturiko arriskuak onartu ala ez erabakitzeko aukera.

Iritzi bera adierazi dute Auzitegi Gorenak eta Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko Auzien Salak (besteak beste, Justizia Auzitegi Nagusiaren epaiak: 2015eko ekainaren 17koa ─JUR 2015\208141─, 2010eko urriaren 27koa ─JUR\2010\403298─ eta 2006ko martxoaren 24koa ─JUR 2006\167668─).

Gainera, gogoan izan behar da kalte moralen ordainaren zenbatekoa finkatzeak, kalte moralen afektibotasunagatik eta *pretium doloris* delakoarengatik, ezin ukatuzko osagai subjektiboa duela, ez baitago kalte morala baloratzeko parametro edo modulu objektiborik. Horrenbestez, kasu bakoitzeko zirkunstantzia guztiak hartu behar dira kontuan, besteak beste, informazio egokirik jaso ez zuen pazienteak bereganatu zituen ondorio lesiboak, galdu zituen aukerak eta bere gain hartu zuen arriskua (beste askoren artean, argigarria da Auzitegi Gorenaren 2012ko azaroaren 13ko epaia ─RJ 2013\1659─).

Aurreko irizpideak azalduta, Batzordeak egokitzat eta bidezkotzat jotzen du kalte-ordainaren zenbatekoa sei mila eurotan (6.000 €) finkatzea.

191/2018 ABJI, par.: 39.etik 47.era

Praxia

Azaldutakoak osasun-administrazioaren erantzukizuna ezartzeko irizpideak direnez, gogoratu behar da oso garrantzitsua dela kalte-ordaina jasotzeko asmoaren oinarri diren egitateak frogatzea.

Frogak aurkezteko aukera eta erraztasunaren printzipioa aplikatzea galarazi gabe, egia da erreklamazioaren oinarri diren egitateak frogatzeko ardura egitate horiek egiaztatzen dituenari dagokiola.

Horretarako, bere iritziz egokienak diren frogabideak erabili ahal izango ditu, baina adierazpen edo baieztapen hutsak ez daude horien artean, are gehiago, askotan azpimarratu genuenez, osasun arloko erreklamazioetan frogatu behar den gaiak elementu tekniko garrantzitsua badu, halakoetan, nahitaez aztertu behar baitira zalantzan jarritako laguntza sanitarioan aplikatutako zientzia —medikoa— **eta baliabideak** —osasun arloko berariazko horiek barne—**.**

Batzordeak behin eta berriz azaldu duenez, erreklamazio horien beste berezitasun bat da, ia salbuespenik gabe, aplikatutako *lex artis* delakoari buruzko iritzia irizpen edo balorazio tekniko batean oinarritu behar da.

Izan ere, kasu bakar batzuetan neurriz kanpoko emaitzak *per se* praxia txarra jartzen du agerian; beste batzuetan, egozpen-titulua "zerbitzurik eza" delakotik dator; halakoetan izan ezik saihestezina izango da, aditu-froga medikoa, horren balorazioa logikaren eta kritika zintzoaren erregelen arabera egin behar izatea alde batera utzita.

Laburbilduz, erreklamazio horietan frogatu behar da egindako jarduketa ez zela egokia eta erreklamatzen den kaltearen eragilea izan dela; ondorio hori ateratzeko, medikuntza-profesionalek emandako irizpenaren eta iritziaren babesa behar da. Oinarri horrekin bakarrik ahal izango du Batzordeak osasun-administrazioaren ondare-erantzukizuna onartu.

12/2018 ABJI, par.: 37.etik 42.era

Era berean, gogorarazi behar dira froga-kargaren arauak, kasu horietan bete beharrekoak. Labur azalduta, kalte-ordaina erreklamatzen duenari dagokio zerbitzuaren funtzionamenduaren eta erreklamatzen den kaltearen arteko kausaltasun harremana frogatzea; Administrazioak, aldiz, funtzionamendu-estandarra egiaztatu behar du, baita bere jarduera estandar horren araberakoa izatea ere. Alabaina, jurisprudentziak moderazio-ideia bat adierazi du, eremu sanitariorako, kausazko lotura frogatu beharrari dagokionez, frogatzeko erraztasunaren araua aplikatuta.

Hizpide duguna bezalako kasuetan, non zalantzan jartzen baita **gaitza ospitaleko ingurunean harrapatzea, froga-kargaren printzipioa inbertitu behar da; horrekin bat, Administrazioak**

frogatu behar du *lex artis* delakora egokitzea, lehenago azaldutako moduan; bestela, erreklamazioa onetsi beharko litzateke.

Auzitegi Gorenaren 2008ko abenduaren 9ko epaiak (RJ 67/2009) adierazten duenez, "frogaren erraztasunaren printzipioa aplikatuta, jurisprudentziak aipatu baitu [Epaiak: 2005-9-20 (RJ 2005, 7503), 2007-7-4 (RJ 2007, 6617) eta 2007-11-2 (RJ 2008, 731)], frogatzeko zama jasan beharra kaltetuari badagokio ere, oso kontuan hartu behar da pazienteak, eskuarki, zailtasun handiak aurkituko dituela frogatu behar hori ospitale-inguruko murrizketen barruan bete ahal izateko. Beraz, malgutasun halako bat baliatu beharko da, kaltetuari ezinezko edo deabruzko frogarik ez exijitzeko, eta malgutasun-printzipio horrek, 2007ko uztailaren 4ko epaiak adierazitakoaren ildotik, Administrazioa behartzen du, kasu jakin batzuetan, hauxe egiaztatzera, horretarako baliabide eta elementu aski dituelako hain zuzen ere: lex artis delakoaren arabera jokatu duela betiere. Egin-eginean ere, erantzukizuna ez bailitzateke objektiboa izango baldin eta beti-beti utziko balitz administratuaren bizkar frogatu beharraren zama: osasun-administrazioa praxi mediko zuzenaren eskakizunei jarraiki jardun ez duelakoa frogatu beharrarena, alegia".

Betebehar horren ezaugarriei dagokienez, hain zuzen, "Administrazioari dagokio egiaztatzea zerbitzu publikoaren egokitasun-estandarra definitzen duten egitezko zirkunstantziak, jarduketa sanitarioa egin zeneko zientzia edo teknikaren ezaguera mailarekin bat, barneko ekintzen ondorioz ondare-lesioa eragin dezaketen arrisku-egoerak, erabilitako elementuen izaerak edo zerbitzu publikoaren berezko funtzionamenduak eragindakoak, saiheste aldera. Era berean, salatutako Administrazioak frogatu behar ditu, batetik, saihestu, gainditu eta jasan ezin izan diren gertaerak —osasun-zerbitzuarekin eta horri dagokion arriskuarekin zerikusirik ez duten kausa batzuek (ezinbesteko kausek) eragindakoak—, eta bestetik, zerbitzu publikoaren funtzionamenduarekiko kausazko lotura haustea egiaztatzen duten zirkunstantziak; erreklamaziogileak, aldiz, ez du egiaztatu behar lesio antijuridikoa eragin zuen Administrazioak zabarkeriaz jardun zuela, ezta kaltea jasan zuena kontuz ibili zela ere" —1999ko maiatzaren 31ko AGE (RJ 1999/6154)—.

Edonola ere, "..., nahiz ezinbesteko kasu saihestezinaren esparrura bideratzeagatik edo erruduntasun-presuntzioagatik, eta ospitale-infekzioaren arriskua ezin dela erabat kendu kontuan hartuta, Administrazioari dagokio froga-karga, hain zuzen, frogatu behar du prebentziozko neurriak eta neurri profilaktikoak aurreikusita zeudela eta behar bezala aplikatu zirela, eta behar bezalako arreta eman zela infekzioa eragin zuen germena bakartu eta osasun-administrazioak jarduera justifikatu ondoren, eta alde erreklamaziogilearen ardura da froga horiek indargabetzea" [2013ko maiatzaren 28ko AGE (Konstituzio Auzitegiaren 2013/4265 Epaia)].

Batzordearen ustez, bereziki egin behar zaio jaramon jurisprudentzia-doktrina horri, baldin eta erantzun behar bada infekzio nosokomialen kasuan osasun-administrazioaren ondare-erantzukizuna onartu behar den ala ez.

Infekzio nosokomial horiei dagokienez, gogorarazi behar da jurisprudentziak baztertu egin dela ezinbestea izatea zirkunstantzia gabetzaile gisa (AGE hauetan: 1983ko martxoaren 4koa, 1987ko azaroaren 10ekoa, 1988ko azaroaren 3koa, 1995eko uztailaren 11koa, irailaren 11koa eta 30ekoa eta abenduaren 18koa, 1996ko otsailaren 6koa, 1998ko otsailaren 26koa, 1999ko maiatzaren 11koa eta 31koa) honako arrazoi dela medio: "aurreikusgarritasun maila —jarduketa medikoan ustekabean inokula daitezken germen kaltegarriak egoteari, establezimendu sanitarioan egoteari eta pazientearen gorputzean nahigabe sartzeari dagokionez— ezin da zerbitzuaren funtzionamenduarekin zerikusirik ez duten gertakarien ondoriotzat jo, zerbitzuaren eginkizunetako bat baita, hain zuzen, asepsia-

neurriak hartzea, osasun-establezimenduetan egon daitezkeen germen kaltegarriek osatzeko asmoz bertan artatzen diren pertsonei kalteak eragitea saihesteko (1999ko maiatzaren 11ko AGE)".

(…)

Erreklamaziogilearen arabera, infekzioaren kausa, nahitaez, egin zitzaion ebakuntza kirurgikoan bilatu behar da, bai denbora-bitartea, bai infekzioaren gogortasuna aintzat hartzen bada; izan ere, "ebakuntzan erabiltzen den material, instalazio eta parte hartzen duten pertsonen garbitasuna mantentzeko protokoloak aplikatuta ere instalazioak aseptikoak ez badira, erantzukizuna eskatu behar da".

Erreklamaziogilearen arabera, *res ipsa loquitur* printzipioa aintzat hartuta, gaixotasun nosokomialek eragindako kalteetan, biktimak jasandako kaltearen eta tratamenduaren xedea den gaixotasunaren artean dagoen alde handitik ondorioztatu behar da errua.

Alabaina, jurisprudentziarekin bat (besteak beste, 2007ko ekainaren 29ko eta 2011ko azaroaren 2ko AGEak), ondare-erantzukizunaren arloan, neurriz kanpoko kaltearen teoriari jarraikiz, esan behar da osasun-administrazioak erantzun beharko diola gehiegizko kalte edo ondorioari, kalte edo ondorio horrek, berez, erruduntasun-elementu bat duenean; hala baitagokio doktrina anglosaxoiko *res ipsa loquitur* arauari (berez mintzo da gauza), Alemaniako doktrinako *Anscheinsbeweis* arauari (frogaren itxura) eta *faute virtuelle* (erru birtuala) arauari, hots, normalean portaera edo jokabide zabarra medio baino ez den gertatzen ondorio kaltegarririk gertatuz gero, jokabide horren egileak erantzungo duela, ez badu behar bezala frogatzen kaltearen kausa bere jarduera-esparrutik kanpo egon dela.

Ondoriotik eratorritako arduragabekeriaren presuntzio hori, behin eta berriz aipatzen den jurisprudentziaren arabera (besteak beste, 2011ko martxoaren 9ko AGE), ez da egokia osasun arloan, jasandako kaltea jarduketa medikoari berez lotuta dagoen arriskua denean, neurri handi batean; halakoetan, ezin da esan gertatutakoa neurriz kanpoko kaltea denik, egindako ebakuntzaren ezaugarriak aintzat hartzen badira.

Gauzak horrela, teoria hori ezin zaio kasuari aplikatu, **ebakuntza kirurgikoan —haustura irekietan— gerta daitekeen infekzioa arriskuen artean dagoelako, zauri horien tratamenduari buruzko ezagutzaren egoerarekin bat**; izan ere, hala ondorioztatzen da espedientean jasotako txostenetatik —osasun-administrazioak prozeduran zehar gehitu dituen horietatik—, baita pazienteak sinatu zuen baimen informatuan jasotako berariazko arriskuen zerrendatik ere.

Espezialista baten irizpenak bakarrik (kasu honetan ez dago halakorik) gehitu ahal izango luke egitate medikoen beste balorazio bat, beharbada, erreklamazioan jasotako tesiak babesteko; baina adituen txosten medikorik ezean, administrazio-espedientean dauden txostenek ez dute kasua neurriz kanpoko kaltearen teoria erabiliz ebaztea ahalbidetzen.

(…)

Hitz batez, **kalte bat antijuridikotzat jotzeko ezinbesteko baldintza da ospitaleak patogeno horiekin kutsatzea saihesteko beharrezko neurriak hartu ez izana, eta gainera, behar bezain arin erreakzionatu ez izana, infekzioa eragin zuen elementuaren presentziaz jabetuta**.

Kasu honetan egiazta daiteke une guztietan horrelako infekzioak prebenitzeko jarraitu behar diren prozedurekin bat jardun zela, eta gaixoari prebentziozko neurriak (antibiotikoak) aplikatu zitzaizkiola. Gainera, pazientearen patologia tratatu eta zaintzeaz gain, horrelako hausturetan egoten den infekzio-arrisku handia dela eta, hainbat kontrol egin ziren, hasiera batean germenak agertzea detektatu ez zutenak.

Bilakaera motela eta zailtasunez betea ikusita, literatura zientifikoak gomendatzen zuenez, iltze endomedularra kendu eta antibioterapia aplikatu zitzaion. Fase horretan, zegozkion kontrolak egin ziren, eta horiei esker detektatu zen infekzioa. Hala, infekzioak berean jarraitzen zuenez, beste ebakuntza bat egin zitzaion, gunea desbridatzeko eta garbitzeko, eta gero, beharrezko tratamendu antibiotikoarekin jarraitzeko.

Ondoren, beharrezko profilaxi antibiotikoaren arauak aplikatu ziren, eta bilakaeraren jarraipena egin zen. Aurreko guztiaren ondorio gisa, orbaintze prozesu zail eta motel baten ostean, zauriak onera egin zuen, eta azkenean osatu egin zen.

Batzordearen iritziz, espedientetik ezin da ondorioztatu praxi txarra egon denik; alderantziz, ondoriozta daiteke gaixoak jasandako kaltea berak ezagutu eta —baimen informatua sinatuz— onartu egin zuen arrisku baten gauzatzea izan zela. Hori dela eta, arriskua ezin da neurriz kanpokotzat jo.

Frogatu denez, jasandako kaltea ezin zaio egotzi zabarkeriari, ezta beste kausa ezagun bati ere, tratamendua egiteko ezagutza teknikoen egoerari baizik. Hala, gogoan izan behar dugu praktika medikoa baliabideak izateko betebeharrari lotuta dago, ez emaitzak lortzeko betebeharrari; hortaz, ondorio kaltegarri bat ezin da antijuridikotzat jo, *lex artis* delakoak eskatzen duenaren kontrakoa ez bada.

17/2018 ABJI, par.: 46.etik 86.era

Kasu honetan, erreklamaziogileak dio praxi txarra gertatu dela, mediku-jarduerak eragindako **neurriz kanpoko kalte** bat sortu delako.

Alabaina, espedientean dauden txosten eta egiaztagiriak ikusita, ezin da esan uziaren oinarri baliagarria denik, **jurisprudentziarekin bat** —besteak beste, 2016ko maiatzaren 19ko AGE (errekurtso-zk.: 2822/2014)—, neurriz kanpoko kaltea edo “ikaragarrizko emaitza” egoteak esan nahi baitu:

1. Emaitza kaltegarria aurreikus daitekeena eta normala baino handiagoa dela; hau da, ez du gordetzen erlaziorik edo proportziorik mediku-jardueraren garrantziarekin; izan ere, ez dago **neurriz kanpoko kalterik, adibidez, ondorio kaltegarria mediku-jarduerari datxekion arrisku bat denean, baina jarduera oker egin denean.**

2. Neurriz kanpoko kalteak mediku-jardueran espero daitekeenarekiko proportzionaltasunik ezaren ondorioz onartezina den kalte-ondorio bat dakar; beraz, espero ez den eta salatuak azaldu ez duen emaitza da.

3. Normala den, espero den hori galdu denez, eta kalte-ondorioa neurriz kanpokoa denez, kaltea lex artis delakoaren urraketak ─osasun-administrazioak egin duenak─ eragin duela jotzen da; presuntzio hori deusezta daiteke, kausa osasun-administrazioaren jarduketa-eremutik kanpo dagoela, hau da, ezinbesteko kausa bat izan dela frogatzen bada.

4. Hortaz, neurriz kanpoko kaltearen erantzukizuna ez egozteko, Administrazioak, frogatzeko erraztasunaren eta aukeraren printzipioa betez, kaltea sortu zen zirkunstantziak frogatzeko ardura bere gain hartu behar du.

5. Karga onartu ezean, eragindako kaltearen aurreikusezintasunak edo anormaltasunak, mediku-jardueraren garrantzia aintzat hartuta, antijuridiko bihurtzen du kalte hori; aldi berean, ezin da ustekabeko kasuaren aitzakia jarri, eragindako kaltearen erantzukizuna kentzeko.

Hitz batez, **neurriz kanpoko kaltea "jarduketa medikoan aurreikusi ezin den eta azaldu ezin den zirkunstantzia da, profesional medikoak zein zirkunstantziatan gertatu zen egiaztatu behar duena, erraztasun- eta hurbiltasun-printzipioa betez"** (2013ko uztailaren 19ko AGE).

Gauzak horrela, Batzordearen iritziz, **espedientetik ezin da ondorioztatu praxi txarra egon denik; alderantziz, egindako txosten teknikoetan jasotako gogoetekin bat, ondoriozta daiteke gaixoak jasandako kaltea berak ezagutu eta ─baimen informatua sinatuz─ onartu egin zuen arrisku baten gauzatzea izan zela. Hori dela eta, arriskua ezin da neurriz kanpokotzat jo.**

19/2018 ABJI, par.: 70.etik 73.era

Osakidetzaren esku-hartzea eten egin zen puntu honetan, JMSDI jaunak **zentro pribatu batera jotzea erabaki zuelako, non protesia aldatu zioten. Erabaki hori bat dator pazientе orok askatasunez hautatzeko aukerarekin, baina ezin da justifikatu, erreklamazioan aipatu bezala, ospitalean arretarik jaso ez izana edo ospitaleari egotz dakiokeen akats bat oinarri hartuta**.

Historia klinikotik eta espedientean dauden txostenetik ondorioztatzen denez, protesiaren infekzioa ospitaleko zerbitzuek 2015eko urrian detektatu zuten ─ordura arte ez zegoen infekzioaren seinalerik, luxazioak izan arren─. Ondorioz, protesia aldatzeko erabakia hartu zen, eta operazioa H1 Ospitalean hasi eta eten ondoren, azkenean zentro pribatu batean burutu zen.

Zentro pribatuan, 2016ko urtarrilaren 20an, JMSDI jaunari tronbosi benoso larria detektatu izanak ez du esan nahi osasun-zerbitzu publikoetan detektatu ezin izan zenik, ezta, ikuskatzaile medikoak agerian jarri duenez, tronbosiaren aurkako profilaxia espezialitatearen gidaliburuetan aurreikusitako estandarrak bete gabe egin izanaren ondorioa zenik ere.

Ondorioz, Batzordearen iritziz, egiaztatu da diagnostikoa ez zela atzeratu; erreklamaziogilearen hitzetan, ustezko atzerapen horrek, "tratamendua atzeratzea ekarri zuen, eta jarritako protesia uzteko ezintasunarekiko erlazio etiologiko zuzena eragin zuen". Azaldu denez, protesian infekzioa agertzeko arriskua artroplastiari datxekio, eta nahiko maiz gertatzen da; halaxe gertatu zen kasu honetan, erreklamaziogileak tratamendu intentsibo eta jarraitua jaso zuen arren. Ez da ikusi praktika okerrik emandako arretan; izan ere, ikuskatzaile medikoaren txosteneko ondorioen arabera, zuzena eta egokia izan zen, "bai egindako diagnostiko-prozeduretan, bai planteatutako kirurgia-jarraibideetan, baita ebakuntza kirurgikoak egitean ere"; hortaz, laguntza hori "*lex artis* delakoak eskatzen dituen mugetan geratzen da".

58/2018 ABJI, par.: 48.etik 51.era

Hirugarrenik, gogorarazi behar da **pazienteak bere borondatez jo zuela osasun-zentro pribatu batera, osasun-administrazioak eskaintzen zizkion tratamendu-aukera guztiak agortu gabe**; jokabide horri loturiko gaiari heldu behar zaio. Esan behar da zentro horretako kontsultan ─2014ko maiatzaren 20an─ proposatu zioten kirurgia mota ezagututa ere, ez zion Administrazioari horren berri eman, ezta iritzia eskatu ere, osasun-zerbitzu publikoan egiteko aukera aztertze aldera, horko zerbitzuetan arreta jasotzen jarraitu zuen arren (traumatologian, errehabilitazioan, minaren unitatean).

Hasteko, ohartarazi behar da, kontu horri dagokionez, ikuskatzaile medikoak txostena egiterakoan ezin izan duela kontuan hartu H3 Ospitaleko traumatologia-zerbitzuak emandako informazioa (ez baitzen garaiz eman), gaixoak jaso zuen arretari buruz; osasun-zentro pribatuan ebakuntza izan aurretik bigarren iritzi medikoa jasotzeko bideratu zen zerbitzura.

Gogorarazi behar dugu, gertaerak azaltzean esan dugunez, 2014ko ekainaren 10ean ikuskatzaile mediko batek aztertu eta bideratu zuela laguntza medikoaren eskaera, FOEL jaunak maiatzaren 12an aurkeztu zuena, eta H3 Ospitaleko kirurgia ortopedikoa eta traumatologia zerbitzuari kontsulta-eskaera bidali zion, bigarren iritzia izateko (346. orria). Ospitale horretan kontsulta egiteko hitzordua eman zitzaion pazienteari, 2014ko abuztuaren 14an, baina

hitzordua bertan behera utzi eta eguna aldatzeko eskatu zuen. Azkenean, irailaren 4rako eman zioten hitzordua kontsulta egiteko, baina ez zen agertu (343. eta 345. bitarteko orriak).

Egiaztatu denez, **bigarren iritzia jasotzeko H3 Ospitalean hitzordua eman orduko, FOEL jaunak bere kabuz eta borondatez joana zen** (2014ko maiatzaren 20an) **zentro pribatura** (…(e)ko … Institutura), non berrosatzeko kirurgia egitea proposatu zioten, baita egin ere, 2014ko urrian, emaitza onarekin.

Zirkunstantzia garrantzitsu hori ezin izan da baloratu ikuskatzaile medikoaren txostenean, non onartzen baita pazienteak bere erreklamazioan adierazitakoa. Hala, ikuskatzaileak honako hau hartu du kontuan bere azterketa egitean: "2014-05-12an pazienteak bigarren iritzia eskatu du (31. orrialdea), eta H3 Ospitaleko Traumatologia Zerbitzuak baloratua izan da. Informazioa eskatzen dut" (323. orria, gertaeren azalpena jasotzen duen atala), "Pazienteak bigarren iritzia eskatu du, eta balorazioa egin zen H3 Ospitaleko Traumatologia Zerbitzuan" (337. orria, kasuaren azterketari buruzko atala), eta "2014-05-12an pazienteak bigarren iritzia eskatu du, eta H3 Ospitalean egin da. Ez dago informaziorik. Txostena eskatzen dut; ez da araudian ezarritako epean jaso" (340. orria, txostenaren ondorioei buruzko atala).

FOEL jaunak, erreklamazio-idazkian gertaerak azaltzean, alde batera utzi ditu datu objektibo horiek, eta honako hau adierazi du: "13.- Gertaeren segida eta Administrazio honen zerbitzu publikoen funtzionamendu okerra aztertuta, pazienteak bigarren iritzi medikoa eskatu zuen, 2014ko maiatzaren 12an (…) Bigarren iritzi hori jasotzeko, H3 Ospitaleko Traumatologia Zerbitzura bidali zuten, eta bertan jakinarazi zioten ez zutela beste ebakuntza kirurgiko bat egiteko asmorik" (5. eta 6. orriak).

Dokumentatuta dago FOEL jaunak bigarren iritziaren eskaera hori osasun-sare publikoan egin zuela ["Oinaren patologian esperientzia duen beste traumatologia-zerbitzu baten balorazioa eskatzen dut (kalkaneoan espezialistarena), nire kalkaneoaren arazoa konpontzeko ematen didaten bide bakarra artrodesia baita, eta horrek arazoa konponduko duelako segurtasuna % 50 edo gutxiago da" (31. eta 348. orriak)].

Hala ere, ezin da aintzat hartu H3 Ospitalean jaso omen zuen arretari buruzko adierazpena, errealitatearekin bat ez datorrena, ez baitzen ospitale horretan ebaluatu, eman zizkioten hitzorduetan agertu ez zelako: ez 2014ko abuztuaren 14an, ezta irailaren 4an ere.

H3 Ospitaleko kirurgia ortopediko eta traumatologia zerbitzuburuak jakinarazi duenez, "Pazienteak bigarren iritzia eskatu zuen gure Zerbitzuan, 2014an. Kontsultarako hitzordua eman zitzaion, baina ez zen agertu (E-Osabideko pantaila-irudi bat erantsi da, kontsulta-egunean agertu ez izana adierazten duen markarekin). Ez daukagu informazio kliniko gehiagorik, pazienteak gure zentroan egin zuen prozesuari dagokionez" (343. orria). Jarraian, … ESIn emandako hitzorduen zerrenda agertzen da; hortik ondoriozta daiteke ez zela artatu aipatu zerbitzuan, hitzordua aldatu zuelako, eta gero, 2014ko irailaren 4an, agertu ez zelako (345. orria).

Aurrekoari dagokionez, oso deigarria da, gainera, espedientean jasota utzi dela pazienteak H1 Ospitaleko Minaren Unitatean tratamendua jasotzen jarraitu zuela (2014ko azaroaren 21ean, 2015eko urtarrilaren 16an), bilakaera ona izan zuen ebakuntza kirurgikoa egin ziotela jakinara-

zi gabe. Irizpenaren 59. paragrafoan adierazi dugunez, beste batzuetan jarraipena egin zioten unitate horretan ["2015eko irailaren 18an ('Ez da agertu. Hitzordua telefonoz'); 2015eko azaroaren 5ean ('Berdin. Tratamenduarekin egonkor jarraitzen du. Ezin da etorri lidokaina ev.-ko blokeoak egitera. Geratu gara bere osasun-zentroaren bidez hitzordua eskatuko duela, okerrera egiten badu'). 2016ko otsailaren 8an, unitateak txostena igorri zuen; ondorioztatu zuenez, pazienteak jasandako traumaren osteko prozesuaren bilakaera klinikoa, aplikatutako tratamenduei erantzuna nahikoa ez izatea eta egindako EMN proba bat datoz distrofia erreflexu sinpatikoaren ezaugarriekin (246. orria)"].

Ulertezina da pazientearen jokabidea: tratamendua eragoztea, gaitzaren diagnostikoan nahasaraztea, ondo joan zen ebakuntza egin ondoren, arazoa dagoeneko konponduta zegoela ez esatea. Gainera, **jardun horrekin, hautsi egin du uztailaren 21eko 147/2015 Dekretua, Euskadiko osasun-sisteman pertsonen Eskubideei eta Betebeharrei buruzko Adierazpena onartzen duena**, hain zuzen, 17. artikulua, pertsonek Euskadiko osasun-sistemarekiko laguntza-harremanetan dituzten betebeharren artean, honako hau jasotzen duena: leial eta egiati ematea beren egoera fisikoari eta osasunari buruzko datuak, bai eta datu horiek lortzen laguntzea ere, batez ere, osasun-laguntza emateko beharrezkoak direnean.

Xehetasun horiek alde batera utzita, kasu honetan interesatzen zaiguna honako hau da: **FOEL jaunaren jokabideak ─ez zen agertu H3 Ospitaleko traumatologia-zerbitzuko kontsultan eskatu izan zuen bigarren iritzia jasotzeko; hori egin beharrean, zerbitzu pribatu batean laguntza eskatu zuen (bertan jasotako laguntzaren emaitza edozein delarik ere)─ aldarazi egin du kausaltasun harremana Osakidetzako zerbitzuen mediku-jardueraren eta egotzi ahal izango litzaiekeen ustezko kaltearen artean.** Ezin zaio osasun-administrazioari diagnostiko okerra edo *lex artis* delakoa haustea egotzi, errekurtsogileak berak oztopatu baitzien osasun-zerbitzuei baliabide guztiak erabiltzea, eta, beharbada, beste neurri edo erabaki terapeutiko batzuk hartzea.

Ezer baino lehen, esan behar da osasun pribatura jotzea ez dela aukera bat osasun-sistema publikoak kasu honetan emandakoa bezalako laguntza eman ahal denean. Adibidez, Asturiasko 981/2016 JANEk, azaroaren 30ekoak (JUR 2017\177238) gogorarazten duenez, "gastu horiek itzultzeko ondare-erantzukizuneko erreklamazioaren bidez eskatu ahal izateko, honako egoera hauetako bat gertatu behar da: arretarik ez jasotzea, atzerapen nabarmena edo estatuko osasun-sistemak eman behar dituen prestazioak justifikatu gabe ukatzea, jurisprudentziak deklaratu duen moduan. Arau orokorrak dioenez, ezin zaio pazienteari onartu alde bakarretik erabakitzeko eskubidea, beti eta kasu guztietan, erabakia hartzeko, kasu zehatza kontuan hartu behar delako".

Kasu honetan, H1 Ospitalean proposatutako kirurgia ez zen bakarra eta behin betikoa izan, oraindik ere H3 Ospitaleak berrikusi behar zuelako; bertan, dagokion azterketa egingo litzaioke pazienteari. Hori dela eta, aipatu tratamendu-proposamena ezin da desegokitzat edo *lex artis* delakoaren araberakotzat jo ─ezta horren kontrakotzat jo ere─.

Eta testuinguru horretan, pazientea H3 Ospitaleko kontsultan ez agertzeak ─berak eskatutako bigarren iritzi medikoa jasotzeko─ guztiz aldarazi du ... ESIko traumatologia-zerbitzuan emandako laguntza sanitarioaren eta erreklamaziogileak aipatzen duen kaltearen arteko kausaltasun harremana. **Pazientea agertu ez zenez, Osakidetzak ezin izan zuen egindako**

jarduketa berraztertu, eta, hala bazegokion, tratamendu berriak edo ebakuntza alternatiboak proposatu, interesdunak, bere borondatez, berak eta ez beste inork hala erabakita, jo baitzuen sistema pribatura osasun-laguntza jasotzeko.

Auzitegi Gorenaren jurisprudentziarekin bat (2010eko urtarrilaren 27ko AGE —RJ 2010\228—, 2010eko ekainaren 4ko AGE —RJ 2010\5508— eta 2011ko urriaren 7ko AGE —RJ 2011\7539—, besteak beste) esan daiteke FOEL jaunaren jokabidearen ondorioz hautsi egin dela laguntza sanitarioaren eta erreklamaziogileak alegatzen duen kaltearen arteko kausazko lotura, horrela pazienteak oztopatu baitzuen bere gaitzaren jarraipena egitea eta H3 Ospitalean berraztertzea, non, agian, beste diagnostiko bat eta beste konponbide bat proposatuko bailitzaioke.

Hitz batez, ikuspegi dialektiko honetatik ere ezin da ondare-erantzukizunik ikusi, ondorioztatu baitugu erreklamaziogilearen jokabidearen ondorioz hautsi egin dela kausazko lotura; hori, kontuan hartuta diagnostiko okerra edo atzeratutakoa, eta, hala badagokio, jarduketa terapeutikoaren atzerapena izan daitekeela erreklamazioaren oinarria; egoera horiek ez dira kontuan hartu pazienteari egozteko moduko arrazoiarengatik: tratamendu egokia jasotzeko aurreikusitako segida aldatu egin duelako.

Iritzi bera adierazi du Gaztela eta Leongo (Valladolid) 976/2015 JANEk, maiatzaren 22koak (JUR 2015\155183): "Egoera horietan, erantzukizunaren erreklamazioa gaitzetsi behar da; izan ere, administrazioak jardunari ekin dio eta interesdunari deitu dio prozedura burutzeko, baina berak uko egin du, eta, bere askatasuna erabiliz, zentro pribatu batera jo du. Ondorioz, ezin da onartu erantzukizunaren erreklamazioa, jasandako kaltearen eta administrazioaren jardunaren arteko lotura hautsi egin baita, hain zuzen, interesdunak jokatu zuen moduan jokatu zuelako".

Bukatzeko, komeni da berriz aipatzea prestazio sanitario-asistentzialak ezin duela bermatu guztiz osatzea, ezta pazienteak kalte-ordaina jasoko duela ere; osatzeko baliabideak —zientziak medikuntzaren eskura arrazoiz jartzen dituenak, une oro egokiak diren estandarren araberako zerbitzua emate aldera— jartzeko betebeharra baino ez da (besteak beste, 2012ko urriaren 9ko AGE —RJ 2012\10198—).

Hori dela eta, osasun-administrazioak dituen baliabideak FOEL jaunaren eskura jartzea bermatu ondoren, adierazi den moduan, pazientea bigarren iritzi medikoa jasotzeko kontsultan ez agertzea kausa garrantzitsutzat jo behar da; izan ere, nahikoa garrantzitsua da kasuan egon zitekeen kausazko lotura hausteko —interesdunaren borondatez bakarrik—, eta ezabatu egiten du administrazio horren ondare-erantzukizuna.

72/2018 ABJI, par.: 106.etik 125.era

Ikuskatzaile medikoaren txostenak hainbat gogoeta tekniko orokor jasotzen ditu, bularreko minbiziari, prebentzio-neurriei eta aurrez detektatzeari buruz. Kasua aztertzean, txostenak dio "bi hilabete baino denbora gutxiago igarotzen da bularrean koskorra detektatzen denetik azterketa osoa eginda tratamendua hasi arte. Lex artis delakoa urratu den ala ez ebazteko balorazioa egiten badu-

gu, egitateen deskribapenak xehetasunez azaltzen ditu erabilitako baliabide teknikoak eta denbora-tartea erantzun azkarra emateko eta tratamenduarekin hasteko"; eta txostenak ondorioztatzen duenez, zentzu horretan, "MAGE andrearen kasua aztertuta, ezkerreko bularrean koskorra nabaritu denetik azterketa osoa egin eta tratamendua hasi arte igarotako denbora bi hilabete baino laburragoa izan dela egiaztatu da. Erabilitako baliabide teknikoak egokiak azkar erabili dira erantzuteko denboran, eta ... tratamendua hasi. Hitz batez, Ikuskatzaile Mediko honen iritziz, emandako laguntza medikoan ez da lex artis delakoaren urraketarik egon".

Bestalde, erreklamaziogileak ez du zalantzan jartzen gaitza detektatu zenetik aurrera jaso zuen osasun-laguntzaren eraginkortasuna eta kalitatea, baizik eta beste arrazoi batean jartzen du arreta, eta horixe aztertuko dugu jarraian.

Ikuskatzaile medikoaren txostenarekin bat, "**Osakidetzak Bularreko Minbizia Goiz Detektatzeko Programa eskaintzen du, eta horren baitan, aldebiko mamografiak (proiekzio bikoitzekoak) egiten zaizkie 50 eta 69 urte bitarteko emakumeei**. Programaren helburua bularreko minbizi kasuak ahalik eta goizen detektatzea da, gaixotasun horrek eragiten duen hilkortasuna murrizteko eta gaitza pairatzen dutenen bizi-kalitatea hobetzeko, bularraren tratamendu kirurgiko kontserbatzaile gehiago eginez (mutilaziorik gabe). Parte-hartzea borondatezkoa denez (justifikazio-idazkiaren arabera), sentsibilizazio-kanpainak egiten dira, bai profesionalen, bai herritarren artean, programaren berri emateko eta emakumeak (xede-populazioa) programan parte hartzera animatzeko".

Programan parte-hartzea borondatezkoa da, hau da, prebentziozko mamografiak egitera joan ala ez joan (bi urtean behin) erabiltzailearen erabakia da; emakumeak osasun-administrazioaren jakinarazpena jasotzen du azterketak egiten hasten den adinera heltzen denean (50 urte edo 40 urte, lehenengo graduko familiarteko batek bularreko minbizia izan badu).

Kontua da programaren xedea den kolektiboa identifikatzea, eta, ...(e)an programaz arduratzen denaren txostenaren arabera, bi etapa bereizi behar dira: (I) 1997tik 2008ra bitartean, datuak udal erroldetatik jasotzen ziren —bizilekuaren helbidea barne—, eta (II) 2008tik aurrera, erroldetako datuak ateratzeko aukera desagertuta (otsailaren 25eko 2/2004 Legea, Datu pertsonaletarako jabetza publikoko fitxategiei eta Datuak Babesteko Euskal Bulegoa sortzeari buruzkoa, eta lege hori garatu zuen urriaren 18ko 308/2005 Dekretua aplikatu eta gero), datuak Euskal Estatistika Erakundeak (EUSTAT) bidaltzen ditu, baina horietan ez dago NAN zenbakia, ezta posta-kodea ere, eta ezinbestekoak dira programan parte hartzeko gonbidapenak bidali ahal izateko. Gaur egun, osasun-zetroetan egiten den zabalkunde-lanaz gain, aldian-aldian publizitate-kanpainak egiten dira programaren berri emateko; horretan, laguntza aktiboa ematen du Bularreko Minbiziak eta Minbizi Ginekologikoak Eragindako Emakumeen Elkarteak. Elkarte horrek, programako teknikariekin —…(e)ko bularreko patologia unitateetako profesionalak—, osasun-agintaritzekin eta foru-administrazioko agintariekin batera, urtero prentsaurreko monografiko bat egiten du, eta informazio-hitzaldiak ematen ditu udalerrietan.

MAGE andrea programan ez sartzeari dagokionez, programa ... arduradunaren txostenak behar bezalako azalpena eman du:

> Programa bi urteko zikloetan garatzen da ("bueltak"), eta bi urtean behin, dagokion "bueltan" 50-51 urte izango dituzten emakumeak gehitzen dira programan. Ildo horretan,

2004. urtearen amaieran, …(e)ko udal erroldek emandako datuen arabera, 1955ean eta 1956an jaiotako emakumeak gehitu ziren hurrengo “bueltarako” (2005-2006). MAGE andrea, zu ez zinen erregistro horietan agertzen.

Udal datuak gehitzeko hurrengo txandan (2007ko urtarrila), hurrengo “buelta” (2007-2008) osatze aldera, 1957an eta 1958an jaiotako emakumeez gain, 1941 eta 1956 bitartean jaio ziren eta azken buelta egin zenetik udal erroldetan izena eman zuten emakumeak gehitu ziren. Kasu horretan ere, zure datuak ez ziren agertu izen-emateen erregistroetan.

Esan bezala, **programako datu-basea 2008tik ez da udal erroldetako datuekin osatzen, eta urte hartan bertan, hain zuzen, MAGE andrea erroldatu zen lehenengoz EAEko lurraldean**, hain zuzen, 2008ko azaroaren 13an, erreklamaziogileak erreklamazio-idazkiarekin batera aurkeztu zuen errolda-ziurtagiriak egiaztatzen duenez.

Beraz, **ez da ahazte bat, ezta programaren kudeaketan gertatutako akats bat ere, baizik eta ez dago legezko biderik osasun-administrazioari programaren xede den kolektiboarekin zuzenean eta aurrez aurre komunikatzeko, parte-hartzaileek beren borondatez administrazioarekin harremanetan jartzen direnean ez bada. Gauzak horrela, aztertzen ari garen kasuan ez da diskriminaziozko traturik egon erreklamaziogilearen aurka**.

122/2018 ABJI, par.: 33.etik 40.era

Horri dagokionez, aipatu behar da Batzordea, sor daitezkeen gai tekniko-medikoei buruzko irizpena emateko, ezin dela aldendu prozeduran zehar egindako analisi eta balorazio espezializatuetatik.

Gainera, **Osakidetzak diagnostiko okerra eman zuen ala ez baloratzeko, Batzordearen iritziz, ez da nahikoa atzera begiratuta azken diagnostikoari erreparatzea eta hasierakoarekin konparatzea, baizik eta jokoan sartzen dira eta aintzat hartu behar dira hasierako diagnostikoa emateko zirkunstantziak; era berean, baloratu behar dira jarduera medikoak (diagnostikoa eta tratamendua) egin ziren unea kontuan hartuta.**

Batzordeak egin behar duen azterketa-lan horretan garrantzitsua da Ikuskatzailetza Medikoaren organoak emandako irizpen tekniko espezializatua: horren arabera, ez da akatsik egon diagnostikoan, ezta Osakidetzako zerbitzuen praxi txarrik ere.

(…)

Hitz batez, pazienteari aplikatutako tratamendu kontserbatzailearen aldean (pazientearen arabera, antiinflamatorio ez esteroideak eta analgesia, FT delakoaz gain), ebakuntza kirurgikoaren aukera erasan neurologikoa gertatzen denean hartzen da kontuan; izan ere, hala adierazi dute ikuskaritza medikoak (bibliografia zientifikoari erreferentzia eginez) eta H1 Ospitaleko

erreumatologia-zerbitzuak (erantsitako artikulu mediko batzuetan oinarrituta). Alabaina, kasu horretan gaitzak ez zuen sistema neurologikoa erasan; hala ondorioztatzen da espedientean jasota dauden mediku-txosten guztietatik, NCG andreak laguntza jaso zuen zentro pribatuek igorritako txostenak barne. Eta horren kontra ez da ezer alegatu modu fidagarrian.

Horrenbestez, arrazoizkoa da onartzea, erreumatologia-zerbitzuak eta ikuskatzaileak diotenez, **erasan neurologikoaren sintomarik ez zegoenez, Osakidetzako zerbitzuek diagnostiko ziurra lehenago egin izan balute**, "ez litzatekeen erabaki terapeutiko ezberdinik hartuko, gomendatu ziren fisioterapia eta analgesiaz gain".

Hori dela eta, ezin da esan horren ondorioz, pazienteak lesioaren bilakaeran emaitza hobea lortzeko aukera galdu zuenik. Gainera, kontuan izan behar da pazientea, Osakidetzako zerbitzuetara jo zuenean, ez zela laguntzarik gabe geratu, eta une guztietan bere egoeraren araberako tratamenduak eman zizkiotela.

164/2018 ABJI, par.: 56.etik 68.era

Kasu honetan, **erreklamazioaren oinarria ezin zaio ospitaleko instalazioan zeuden altzarien funtzionamendu txarrari egotzi, langileen ardurarik ezari eta eragindako kaltea saihesteko beharrezko neurriak hartu ez izanari baizik.**

Hala, erreklamazio-idazkiak azaltzen duenez, "H1 Ospitalean emandako arreta sanitario arduragabearen ondorioz, bere ama, bihotz-hutsegitea zela eta 2015eko azaroaren 7an larrialdietara jo zuenean, handik bost egunera, kardiologia-unitatean zegoenean, baliabide desegokiak erabili zirelako eta kontrolik gabe zeudelako, **gauean etengabeko laguntza-zainketarik gabe utzi zuten, bere adina (... urte) eta urduritasuna kontuan hartu gabe; orduan, zauria egin zuen eskuineko oinaren tibia aurrekoan, oina ohearen barandako barren artean sartu zuelako**".

Erreklamaziogilearen arabera, zerbitzua ematean izandako gabeziak honako hauek dira, zehazki: "pazienteak lesioak jasateko arrisku-faktoreak egonda ere (presio-ultzerak, elementu zurrunen kontrako kolpeen ondoriozko hematomak edo zauriak) zentroak ez zuen hartu lesioak saihesteko segurtasun-neurririk, gaixoa altxatzea saihesteko alboko barrak jartzea izan ezik"; nahikoa izango zen "metalezko barra horien eta pazientearen artean elementu bigungarriak edo burkoak jartzea, lesioak saihesteko".

Hori dela eta, erreklamatzailearen iritziz, kendu zitzaion gaixotasunak beste bilakaera izateko aukera, edo, bestela esanda, osatzeko aukera. Segurtasunik eza doktrina horren ezaugarri da, ezin baita jakin egin ez zen mediku-jarduerak pazientearen osasun-egoera txarra hobetu ahal izan zuen ala ez.

Horrenbestez, kalte-ordaina jasotzeko eskaeraren oinarria Administrazioaren ustezko jarduerarik eza da, eta hori abiapuntu hartuta definitzen da kaltea eragin zuen funtzionamendu anormala. Kasu honetan, pazienteak oheko alboetan jarritako barandekin zauritzea saihesteko segurtasun-neurririk hartu ez izana eta beharrezko zaintzarik eza.

(…)

Ildo horretan, Ikuskatzailetza Medikoaren txostenak hainbat gogoeta mediko egiten ditu pazientearen zainketei eta segurtasunari buruz. Besteak beste, ohean dauden pazienteek izaten dituzten presio-ultzerak aipatzen ditu; osasun-egoera larriagotu egin dezakete, infekzio lokala edo sistemikoa eragin baitezakete, eta ondorioz, pazienteak ospitalean denbora gehiago igaro behar duenez, areagotu egiten da zaintzaileekiko mendekotasuna; gehiegizko laguntza-karga sortzeaz gain, baliteke heriotza gertatzea.

Ikuskatzaile medikoak zehazten duenez, pazienteen segurtasun-neurriei buruzko maiatzaren 17ko 78/2016 Dekretuaren arabera, osasun-zentro guztiek osasun-laguntzari loturiko segurtasun-plan bat izan beharko dute; plana osasun-zentroko langile guztiek ezagutu beharko dute. Eta, beharrezkoak diren hainbat segurtasun-protokoloren artean, erorketen ondoriozko lesioen eta presioaren ondoriozko ultzeren arriskua minimizatzea aipatzen du.

Halaber, horrelako patologiak prebenitzeko erizaintza-zainketei loturiko jardunbide seguruak azaltzen ditu, baita arrisku-faktoreak eta zaintzaileen garrantzia ere. Jarraian, oheko barandek istripuak prebenitzean bete dezaketen funtzioa aztertzen du, baita eragin ditzaketen lesioak ere, eta horien eragina adineko pazienteengan.

Azkenik, ohean dauden pazienteen ultzera desberdinak deskribatzen ditu; izan ere, lau mota bereizten dira, ultzera eragin duen berariazko faktore etiologikoaren arabera, batez ere, larruazalaren eta azalera baten arteko igurzketa; paziente horiei egiten zaizkien zainketen plana zehazten du.

Kasuaren azterketari dagokionez, ikuskatzaileak adierazi du **paziente horiek —beren adina, nutrizio-egoera, larruazalaren egoera, aurreko gaixotasunak eta abar direla eta— ultzerak agertzeko arriskua dutela, eta presioaren ondoriozko ultzerak ohikoak direla**. Azaltzen duenez:

> Aztertzen dugun kasuan, arazo hori prebenitzeko eta tratatzeko protokoloan jasotako neurri guztiak hartu ziren; izan ere, hala ondorioztatzen da erizaintza-zainketei buruzko txosten teknikotik, non zehazten baitira pazientea ospitaleratu aurreko azterketak eta prebentzio-neurriak, baita neurri sendatzaileak eta ospitaleko alta eman ondoren kontuan hartu beharreko heziketa sanitarioko neurriak ere. Bai lehenengoak, bai besteak Osakidetzaren protokoloei jarraikiz hartu ziren, …; protokolo horiek bat datoz osasun-zerbitzu guztien protokoloekin eta Europa mailako bibliografiarekin.
>
> Paziente horren kasuan, ez zen gertagarria presioaren ondoriozko ultzerak agertzea, laguntzarekin altxatu, aulkian edo gurpil-aulkian eseri, ohean geldirik gabe egon eta jarrera nahi zuenean aldatzen zuela kontuan hartuta; gainera, ez zegoen lasai, batzuetan asko hitz egiten zuen eta urduritasunak jota zegoen; urduritasun horren ondorioz, gaixoa babeste aldera bigungarriak edo burkoak jartzeak ez zuen prebentzio-efekturik.

> Hain urduri zegoenez, ohetik altxatzean erortzeko arriskua zegoen; horregatik, baranda bat jarri zen prebentzio-neurri moduan, …; izan ere, neurri horrek, prebentziokoa izateaz gain, istripu bat ere eragin dezake gaixoa behar bezala zaindu ezean.

Baranda horiei dagokienez, azaldu duenez, **erabiltzen diren baranda guztiek hutsune bat dute, non urduri dagoen pazienteak sartu, gorputz-adar bat jarri edo gainetik salto egin dezakeen. Azpimarratzen duenez, ezaugarri horiek dituen pazientearentzat ez dago estanko, seguru eta arriskurik gabea den modelorik**. Babeski bigungarriek eta burkoek ere pazientea itotzea eragin dezakete, bere aurpegia barandaren eta koltxoiaren artean harrapatuta geratzen bada; beraz, ezinezkoa da arriskua guztiz kentzea, ezta erabateko segurtasuna kasu horietan.

Kasuaren zirkunstantzia zehatzei buruz, honako hau azaldu du:

> Pazientea zauritu egin da eskuineko oinaren tibia aurreko gunean, larruazala ireki zitzaion barandak edo ohearen beste elementu batek urratuta, gaueko 12:30 inguruan.
>
> Erizainen eta mantentze-lanetako arduradunen txostenaren arabera, zauria sortu eta hurrengo egunean ohea lantegira eraman zen ─ohikoa denez─ berrikuspena egiteko, eta logikoa denez, beste ohe bat jarri zen; lehenengoa, erabil zitekeela, ondo funtzionatzen zuela eta modelo homologatua zela egiaztatuta, berriz jarri zen erabiltzeko moduan.

Ikuskatzailearen iritziz, barandak onak dira, baldin eta pazientea beti zaintzen bada, eta hori une guztietan eta segurtasunez egiteko modu bakarra lan hori beteko duen zaintzaile bat jartzea da. Esaten duenez, ospitale bakar batean ere ez dago osasun-langilerik laguntza jarraitua emateko; zeregin hori normalean pazientearen senideek edo familiak hautatutako zaintzaile *ex professo* batek betetzen du.

Azaldu du pazientea egunez ordu luzez zegoela lagunik gabe, batzuetan goizez, besteetan arratsaldez, baina gauez beti; beraz, ospitaleratu zenetik, gauez beti zegoen baldintza desegokietan, ezinezkoa baita erizainak paziente bakar batekin beti egotea. Hala, lehenengo gauean, pazienteak berak abisatu zuen itotzen ari zela; hurrengo gauetan urduritasuna, beldurra, larrimina sentitzen zuen, eta asko hitz egiteko gogoa, eta familiakoei deika zegoen.

(…)

Estandar horretan, Batzorde honen iritziz, prebentzioaren aldetik eta pazientearen tratamenduari begira, protokoloetan ezarritako neurri guztiak hartu ziren. Bestalde, zaintzailerik eta laguntzailerik ezari buruzko erreklamazioaren aurka egin da (behar bezala), azaldu baita **ospitale bakar batek ez daukala beharrezko neurririk, ezta nahikoa langilerik ere, paziente guztien alboan egoteko eta une oro zaintzeko. Edonola ere, premia bereziak dituzten pazienteak hobeto eta une oro zaintzea senideen betebeharretako bat da**, baina ez dago ospitale batek gaixoei normalean bermatu behar dien arreta-estandarrean.

Eta adierazi dugun moduan, zainketa horiek edozein ospitaletako zerbitzuen estandarrak gainditzen dituztenez, ezin zaie leporatu zerbitzuko langileei arduragabekeriaz jokatu izana. Alderantziz, osasun-langileek behar bezala bete zituzten beren betebeharrak, eta une guztietan beharrezko arduraz jokatu zuten, egoera horiei aurre egiteko ezarritako protokoloekin bat.

Kasu honetan, familiak bere gain hartu zuen balizko arriskua, eta ez dago zalantzarik arriskua bazegoela. Izan ere, pazientearen urduritasuna, ezinegona eta desorientazioa zela eta, osasunerako eta osotasun fisikorako arriskuak sortu ziren; gainera, erizaintza-zerbitzuaren ohartarazpenak kontuan hartuta, familiak arrisku horiek onartu egin zituen; esan daiteke familiakoen zuhurtziagabekeriaren ondorioz jasan behar zituela pazienteak arrisku horiek, eta horien ondoriozko zauriak ere.

Azaldutakoa oinarri hartuta, Batzordearen arabera, ez dago arrazoirik osasun-administrazioari ondare-erantzukizuna egozteko kaltearen kausa bakarra biktimaren edo familiakoen huts-egitea, utzikeria edo ardurarik eza denean. Ezin da osasun-administrazioa behartu ez dituen giza-baliabideak jartzera, gaixoek osasun-instalazioak eta horien elementuak manipulatzea edo horiek erabili bitartean gerta daitezkeen istripuak saihesteko.

181/2018 ABJI, par.: 35.etik 63.era

Aukera galtzea

Kasuari dagokionez, Batzordearen arabera, azaldutakoarekin bat, osasun-administrazioaren jardunean gutxienez zerbitzu-falta bat ikus daiteke. Hain zuzen, zerbitzuak ez zuen azterketa sakonagorik egin beharrezko proben bidez pazienteak ezkerreko bularrean nabaritu zuen koskorra baieztatzeko edo baztertzeko. Hemen, ikuskatzailearen hitzak aipatu behar dira; hain zuzen, hizpide duguna bezalako minbiziei dagokienez ("bitartekoak" deitzen zaie), honako hau ezartzen du:

> Bularreko minbizia goiz diagnostikatzeko baheketa-programetan, sintomarik ez duten emakumeei zuzendurikoetan —hala nola Osakidetzakoa bezalakoetan— detekzio-unitateetako protokoloak ezartzen du mamografiak bularrean zalantzarik gabe onberak diren aldaketak erakusten baditu, ez dela beharrezkoa erradiologiaren bidezko kontrola egitea programaren hurrengo "buelta" osatu arte, uki daitekeen aldaketarik ez baldin badago; bestela, jarraitu beharko da aztertzen, eta erradiologia-proba osagarriak egingo dira: beste proiekzio batzuk, mamografia beste teknika batzuen bidez eta/edo ekografia eta abar. Hori dela eta, haztatzeko moduko aldaketarik ez bada, ez da beharrezkoa, eta kasu honetan, une hartan, ez zegoen halakorik.

Arrazoibide honetan ukitzeko moduko aldaketak zeudela onartzen badugu, erreklamaziogileak dioenez —espezialistak haztatu ez bazituen ere—, praxi txarra egon zen, ez baitzen bete, ikuskatzaileak berak azaldutako moduan, honako praktika hau: "proba erradiologiko osagarriak: beste proiekzio batzuk, mamografia beste teknika batzuen bidez eta/edo ekografia eta abar".

Alabaina, pazienteak terapia-aukera galdu duela egiaztatzeko, ez da nahikoa lehenengo baldintza hori betetzea —azaldutako ñabardurekin—, baizik eta, dagoeneko aipatu dugunez, beste baldintza hori ere bete behar da: kausa-ziurgabetasunak zorrotza izan behar duela edo, gauza bera dena, kaltea saihesteko aukerak serioak eta benetakoak izan behar dutela, dagozkien probetan oinarrituta.

Bigarren betekizun horrek kasuistikaren bidez bakarrik ezar daitezkeen mugen artean jartzen du ondare-erantzukizuna egoteko aukera, baina muga horiek oinarri hartuta, doktrinak, modu abstraktuan formulatzeko orduan, beheko muga bat dagoela dio: beste modu batean jardunda ere, ez da oso probablea kaltea saihestea. Goiko muga, aldiz, kausazko loturaren inguruan ziurgabetasunik ezak ezartzen du, hau da, kaltea zuzenean jardunari lotzen zaio, kasu honetan, osasun arloko jardunari.

Aztertzen ari garena bezalako kasu medikoa aipatu mugetan jartzea, berriz ere, kontu tekniko bat da nagusiki; hasierako hurbilketan aipatu dugun moduan, halakoetan, txosten teknikoek hartzen dute garrantzia.

Kasu honetan, berriro ere, ikuskatzaile medikoak ematen du kontu horri buruzko iritzia, eta aukera gutxi ikusten du MCAL andrearen gaixotasunak beste bilakaera bat izateko. Ikuskatzaileak egindako txostenaren arabera:

> 2016-09-07an, diagnostiko okerraren ondorioz, ginekologia-kontsultan oker jardun zela —nire iritziz, ezin da egiaztatu—, eta ondorioz diagnostikoa atzeratu egin zela pentsatuz, erantzukizuna erreklamatu ahal izango litzateke, erreklamatzen den kaltea benetan atzerapen horren ondorioa izango balitz. Hala ere, ez da ikusten kausaltasun harremanik diagnostikoa ematerakoan gertatutako atzerapenaren eta pazienteari diagnostikatu zaion bularreko minbiziaren ondorioen artean (ondorio kliniko, terapeutiko, funtzional, emozional, ekonomiko eta abarrak kontuan hartuta); ziur aski, ondorioak berdinak izango ziren, diagnostikoa hiru hilabete lehenago egin izan balitz. Ez dago egiaztatuta igarotako denbora-tarte labur horregatik pronostikoa edo interesdunak azaltzen dituen minbizia tratatzeko baldintzak oso bestelakoak izateko aukera.
>
> Bestalde, (bizirik jarraitzeko) “aukera galdu izana” zalantzan jartzen den arreta medikoari egozteko, arrazoizko ziurtasuna lortu behar da eman behar zen mediku-jarduerak erreklamatzen den kaltea saihestuko zukeela, eta kasu honetan ezin da hori egiaztatu. Bitarteko minbiziei buruzko azterlanean (lehenago aipatutakoan) egiaztatu zen, besteak beste, minbizi horien heren bat baheketa-mamografia egin eta handik urtebetera diagnostikatzen dela, eta tumore horiek “baheketa-programaren bidez detektatzen diren minbiziak baino estadio aurreratuetan detektatzen direla gehienetan”; beraz, agresibitate histologikoa handiagoa izaten dute. Horrelakoa zen, tamalez, interesdunari diagnostikatu zitzaion tumorearen kasua: Bularreko minbizi foku anitzekoa, gibeleko metastasiarekin. Nodulu handiena pT2, G3, N0 gisa sailkatu zen (galtzarbekoan eraginik gabe, gongoil linfatikoen azterketa kirurgikoaren ostean), RE (+++), RP (+), HER2 (+++), KI-67 % 25. G3 gradu histologikoak pronostiko txarrena dela esan nahi du. HER2 (Cerb2) gainadierazpena garrantzitsua da klinikoki, tumoreari jokabide biologiko agresiboa ematen diolako. Bestalde, HER-2 balio pronostikoari dagokionez, gongoil negatiboak dituzten

pazienteengan, HER-2 gainadierazpena ─gaixotasunik gabe bizirik irauteko aukerari dagokionez─ pronostiko txarrena duen iragarle independentea da (kirurgia egin ondoren terapia adjubantea gomendatzen zaie gongoil negatiboak eta HER-2 gainadierazpena duten pazienteei).

Hasiera batean, kirurgia ostean (mastektomia + bularra berregitea + galtzarbekoaren estadifikazioa eta gongoil zelatariaren biopsia), eta diagnostiko anatomopatologikoa ikusita, kimioterapia bidezko tratamendua proposatu zen (QT), eta jarraian, erradioterapia eta hormonoterapia:

(…)

Gero, derrigorrezko hedapen-azterketan, gibelean metastasia aurkitu zen (M1); hori dela eta, 2017-04-25eko kontsultan, berriz azaldu zitzaion pazienteari gaixotasunaren gaiztotasuna eta pronostiko txarra (sendaezintasuna). "Kimioterapia aringarria eta Her2-en blokeo bikoitza" tratamendua proposatu zitzaion [61. orrialdea], egun hartan bertan hasi zena. Hau da, pazienteari bularreko minbizia IV. estadioan diagnostikatu zioten; zirkunstantzia hori bularreko minbizia duten pazienteen % 5-6tan ematen da. IV. estadioan (tumorea bularretik kanpora hedatu denean) tratamendu garrantzitsuena sistemikoa da (kimioterapia, hormonoterapia eta abar), eta bata ala bestea hautatzerakoan, tumoreari eragiten dioten faktoreak hartzen dira kontuan, baita pazientearen ezaugarriak ere, berak nahi duena barne. Aukera terapeutikoen sorta zabala da bularreko minbiziaren kasuan, eta erabakia onkologoak eta pazienteak elkarren artean hartzen dute gehienetan.

Interesdunaren minbiziaren larritasunak, batez ere, minbizi mota horren agresibitatearekin du zerikusia; gauzak horrela, ez dago arrazoirik pentsatzeko minbiziaren bilakaera hobea izango zela, 2016ko urrian (eta ez abenduan) detektatu izan balitz. Hau da, ez dago egiaztatuta ─eta ez dago hori pentsarazten duen datu edo zantzurik─ bularreko minbizi horrek pronostiko hobea izango zuenik edo metastasi hepatikorik egingo ez zuenik, hiru hilabete lehenago diagnostikatu izan balitz. Aurreko apartatuan azaldu den moduan (txosten honen 9. orrialdea), gaur egun badakigu tumore batzuek metastasia urrunetik egiteko gaitasun handia dutela, txikiak badira ere eta gongoilei ukitzen ez badiete ere; tumore horiek per se pronostiko txarrekoak dira.

Ikuskatzailearen arrazoibideak ─lehenago esan bezala, erreklamaziogileak ez du horren aurka egin, horri buruzko iritzia eman badu ere─ eztabaidarik gabe baztertzen du terapia-aukera galdu izana.

MCAL andreak jasandako bizipen mingarri eta latza izan dela onartu arren, Batzordearen iritziz, erreklamaziogilearen kasuan ezin da egiaztatutzat eman aukera galdu izana, ikuskatzaile medikoaren txostenean jasotako argudio eta ondorioekin bat ─eta Batzorde honek horiek guztiak onartu baino ezin du egin, ez baitu beste iturri teknikorik bere irizpena oinarritzeko─, **ez baitago datu edo zantzurik minbizia hiru hilabete lehenago diagnostikatuz gero pronostiko hobea izango zela edo metastasi hepatikoa gertatuko ez zela pentsatzeko.**

Hori dela eta, Batzorde hau bat dator Osakidetzaren ebazpen-proposamenarekin, hau da, erreklamazioa gaitzesteko erabakiarekin.

68/2018 ABJI, par.: 72.etik 80.era

G) Hirigintza

Erreklamaziogileak lortu gabeko irabazian oinarritu du bere erreklamazioa; izan ere, ez du irabazirik izan, bere jarduera modu legitimoan gauzatzerakoan, 7 logela erabiltzeko eskubidea kendu diotelako. Epai bidean onartu zen gela horiek administrazio-isiltasunaren bidez legeztatu izana, "ondare-kalte antijuridikoa, egiazkoa, banakakoa eta ekonomikoki ebaluagarria. Kalte horren kausa zuzen eta bakarra zuzenbidezko lizentzia bat ukatzea da, akats baten ondorioz, beraz, gaizki, arlo objektibo batean. Administrazioak ezin du aukerakotasunez jardun, udalaren jardueran antzemandako gabezia argia agerian uzteko. Gabezia horrek, hala ere, eskubidea ematen die erreklamaziogileei erantsitako dokumentazio ugariren bidez egiaztatutako kalte-galerengatik ordaina jasotzeko".

Udalak ebazpen-proposamenean adierazi duenez, kasu honetan, baliogabetutako ebazpen administratiboa arrazoitua eta arrazoizkoa zen. Era orokorrean, hauxe dio:

> Jarduera zabaltzea legeztatzeko eskaera ukatzeko erabakia arrazoitua da, HAPOren hirigintzako arauak aplikatzen badira; hain zuzen, bizitegi-eraikinen erabilera modu orokorrean arautzen duen araudia oinarri hartuta. Udaleko zerbitzu tekniko eta juridikoen arabera, araudi hori aplikatu behar zaio eskaerari.
>
> (…)
>
> Geroago, 2010eko HAPOren hirigintzako arauen interpretazio luze eta konplexuan oinarrituta —ikus EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren epaiaren bigarren oinarri juridikoa; bertan laburbildu baita—, auzitegiek handitzea Alde Zaharraren Plan Bereziari loturiko arauak aplikatuz baimendu behar zela erabaki bazuten ere, horrek ez du esan nahi udalaren jarduna arrazoigabea zenik edo ukapena "bidegabea" zenik, kalte-ordainari begira.
>
> Are gehiago, EAEJANren epaiak ere, lehenago kopiatu dugun zazpigarren oinarri juridikoan, onartu du eztabaida juridikoaren konplexutasuna, eta udalaren jarduna —jarduera handitzeko baimena ukatzea— arrazoitua eta arrazoizkoa izan dela aitortu du inplizituki.
>
> Eta, logikoa denez, jarduera handitzea legeztatzeko eskaera modu arrazoituan eta arrazoiz ukatua izan bada, arrazoitua eta arrazoizkoa da jarduera ixteko agindua.
>
> Azkenean, eta justizia materialaren ikuspegitik, kontuan izan behar da erreklamaziogileek legez kontra gauzatu zutela jarduera 4 logelatan 2008tik 2012ko abenduaren 6ra arte, eta beste 3 logeletan 2013ko uztailaren 10era arte. Hau da, kontuan izan behar da legez kanpoko irabaziak jaso zituztela.

Zehatzago esanda, honako hau gaineratu da:

> Arrazoizkoa dirudi udal teknikarien iritzia, txostenetan adierazi baitute 2010eko ekainaren 25ean onartutako HAPOren hirigintzako arauak aplikatu behar zaizkiola ...(e)ko ... zenbakian dagoen bizitegi-eraikinean ostatu-jarduera legeztatzeko eskaerari, 2011ko abuztuaren 12an aurkeztutakoari.
>
> Hau da, arrazoizkoa dirudi txostenetan adieraztea eskaerari garai hartan indarrean zegoen 59. artikuluan xedatutakoa aplikatu behar zaiola; artikulua besteak beste, "a.10 Alde Zaharreko bizitegi-eraikuntza" eremuko lursailetan dauden bizitegi-eraikinei buruzkoa da. Horrek esan nahi du 59. artikuluaren 2;1.E apartatuan lursail horietarako guztietarako ezarritako mugak aplikatu behar zaizkiola eskaerari.
>
> Arrazoi sendoak daude horretarako.
>
> Lehenik, ...(e)ko ... zenbakian dagoen bizitegi-eraikina "a.10 Alde Zaharreko bizitegi-eraikuntza" eremuko lursail batean dago.
>
> Bigarrenik, hiriko bizitegi-eraikinetan hotel-erabilerak ezartzeko mugak azaltzen eta justifikatzen dituzten arrazoiak are sendoagoak dira, ahal bada, Alde Zaharreko hirigintzaren esparruan.
>
> Esparru horretan ere, bere izaera eta ezaugarriak kontuan hartuta, bermatu behar da bizitegi-lursailetan batez ere etxebizitzak eraikitzen direla.
>
> Eta, ondorioz, esparru horretan, mugatu behar da bizitegi-eraikuntzetan hirugarren sektoreko erabilerak ezartzeko aukera.

Kontuaren mamiari heldu aurretik, komeni da gogoraraztea **hirigintzako legediak**, Lurzoruari eta Hiri Zaharberritzeari buruzko Legearen testu bateginaren 48. artikuluak (urriaren 30eko 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartuak), **kalte-ordainketak eman behar den hainbat kasu jasotzen dituela**; horien guztien oinarri komuna Administrazioaren ondare-erantzukizuna da.

Horien artean, d) puntua dago: "Obra eta jarduerak gaitzen dituzten administrazio-tituluak baliogabetzea, bai eta haiek ematea justifikaziorik gabe luzatzea eta bidegabeki ukatzea ere. Inoiz ez da kalte-ordainik izango kaltedunari egotz dakiokeen dolo, erru edo axolagabekeriarik bada".

Xedapen hori ez da berria, izan ere, honako hauetan agertu zen: ekainaren 26ko 1/1992 Legegintzako Errege Dekretuak onartu duen Lurzoruaren Legearen testu bateginaren 240. artikulua; lurzoruari buruzko apirilaren 13ko 6/1998 Legearen 44.2 artikulua; lurzoruari buruzko maiatzaren 28ko 8/2007 Legearen 30.d) artikulua, eta hortik ekainaren 20ko 2/2008 Legegintzako Errege Dekretuak onartutako Lurzoruaren Legearen testu bateginaren 35. artikulura pasatu zen.

Jurisprudentziaren arabera, horrek kalte-ordaina ematen den kasuak nolabait objektibo bihurtzen direla esan nahi badu ere, ez baita zerrenda itxia eta tasatua, uko egin dio erreparaziorako eskubidearen automatikotasunari, arauak berak ezartzen duen *exceptio doli* delakoa baztertuta, ondare-erantzukizuna ezartzeko baldintza orokorrak orain-dik bete behar direlako.

Orain honako hau "erantzukizun hori era orokorrean arautzen duten araudietan ezarritako kasuetan eta bertan jasotako baldintzak betetzen direnean" gehitzen ez bada ere, 1992ko eta 1998ko legeetan egiten zen moduan, horrek ez du esan nahi baldintza horiek baztertu egin direnik.

Kasu honetan, erreklamaziogileek aipatutako arrazoiak ikusita, eta erreklamazioa ia-ia epemuga-egunean aurkeztu zela kontuan hartuta (EAEJANren epaia jakinarazi zitzaienetik urtebeteko epea betetzen zen eguna baino apur bat lehenago), esan daiteke APELren 67.1 artikuluko bigarren paragrafoan jasotako kasuetako baten aurrean gaudela.

SPAJLren 32.1 artikuluak (bigarren paragrafoa) xedatzen duenez, administrazio-egintzak edo xedapenak administrazio-bidean edo administrazioarekiko auzien jurisdikzioan deuseztatzeak ez dakar berez kalte-ordaina jasotzeko eskubiderik. **Egia esan, legeak ez du ezartzen egintza baliogabetzearen eta Administrazioaren erantzukizunaren arteko automatikotasunik, baizik eta ebaztea kaltea jasan duenak kalte hori jasateko betebehar juridikoa egoteari lotzen zaio.**

Argigarria delako, bidezkoa da Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiak 2016ko azaroaren 2an emandako 752/2016 Epaia (Jur. 2017/2267) aipatzea:

> Apelazioa ebazteko, honako gogoeta hau hartu behar dugu abiapuntu: lurzoruari buruzko estatuko 2008ko legearen (indarrean zegoena) 35. artikuluaren d) apartatuan aurreikusitako kalte-ordaina jasotzeko kasuak ez du ezartzen erantzukizun objektiboaren sistema bat, besterik gabe egiaztatu baita obrak eta jarduerak gauzatzeko gaikuntza-titulu administratiboak baliogabetu direla, tituluak ematea atzeratu egin dela, edo bidegabe ukatu egin direla, "kaltedunari egotz dakiokeen dolo, erru edo axolagabekeria larririk" ezari lotuta. Horrez gain, beste gauza bat eskatzen da: batetik, Herri Administrazioen Araubide Juridikoari eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzko 30/1992 Legearen 142.4 artikuluak xedatzen duenez, administrazio-egintzak edo xedapenak administrazio-bidean edo administrazioarekiko auzien jurisdikzioan deuseztatzeak ez dakar, derrigorrean, kalte-ordaina jasotzeko eskubiderik; bestetik, atzerapena gertatzen den kasuetan, atzerapenak "justifikazio gabekoa" izan behar du, eta kalte-ordaina ukatzen denean, ukapenak "bidegabekoa" izan behar du (Lurzoruaren Legearen 35.d artikulua). Hirigintzako lizentzia bat ukatu izanari eta lizentzia ukatzeko ebazpen administratiboa auzitegietan deusez deklaratu edo ezeztatu izanari buruzko egiaztapen hutsa baino gogoeta sakonagoa egin behar da (orain axola ez den kontuan). Administrazioaren jardunari buruzko balorazio-irizpena eman behar da, Administrazioak arrazoizkotasun-mugetan jardun duela egiaztatzeko.

Gaur egun **finkatuta dagoen doktrinaren arabera, erregulazioak** —SPAJLren 32.1 artikuluak— **, administrazio-ebazpenak deuseztatzen diren kasuetan, ez dakar Administrazioa**

erantzukizunetik salbuestea, baizik eta aukera sortzen du ezeztapena aurrebaldintza edo eragile bihur dadin erantzukizun hori sortu ahal izateko, baldin eta Administrazioaren ondare-erantzukizuna aplikatu ahal izateko eskatzen diren gainerako baldintza orokorrak betetzen badira.

Auzitegi Gorenaren 1996ko otsailaren 5eko epaiak (RJ/1996/987 AGE), aipatu artikuluaren eragina interpretatuz, gaur egun doktrina finkatua den jurisprudentzia-joerari hasiera eman zion. Auzitegi Gorenak aipatu epaian adierazi duenez, 40. artikuluan ─gaur egun, APELren 32.1 artikulua─ jasotako erregulazioak, administrazio-ebazpenak deuseztatzen diren kasuetan, ez dakar Administrazioa erantzukizunetik salbuestea, baizik eta aukera sortzen du ezeztapena aurrebaldintza edo eragile bihur dadin erantzukizun hori sortu ahal izateko, baldin eta Administrazioaren ondare-erantzukizuna aplikatu ahal izateko eskatzen diren gainerako baldintza orokorrak betetzen badira.

Auzitegi Gorenaren aburuz, administrazio-egintzak edo -ebazpenak deuseztatzen diren kasuak berariaz aipatuz, legeak honako hauen arteko diferentzia ezarri nahi du: batetik, zerbitzu publikoen funtzionamendu normalaren edo anormalaren ondoriozko kaltearen kasua eta, bestetik, ebalua daitekeen kalte indibidualizatua administrazio-egintza baten deuseztapenaren ondoriozkoa den kasua; hain zuzen ere, horrelakoetan, debatearen ardatza kaltearen antijuridikotasuna da edo, beste era batean esanda, herritarrak sorturiko kaltea jasateko eginbehar juridikorik ez edukitzea.

Administrazioaren eskumeneko ahalak gauzatzen diren kasuetan, legegileak Administrazioak hautemate-tarte batzuen barruan askatasunez jardutea nahi izan du eta soilik eskatzen du egon daitezkeen alderdi arautuak errespetatzeko. **Hortaz, horrelakoetan ez dago zalantzarik Administrazioaren jarduna hautemate-tarte batzuen barruan geratzen bada eta horiek arrazoituak ez ezik arrazoizkoak ere baldin badira ezin dela esan kalte antijuridikoa dagoenik.** Izan ere, partikularra, eskumeneko ahalak ematen dituen araua dela-eta, horiek gauzatzetik eratorritako ondorioak jasatera behartuta egongo litzateke. Horrenbestez, gerta daitekeen emaitza kaltegarria jasateko betebeharra dagoen kasu baten aurrean egongo ginateke.

Baina partikularrak kaltea jasateko duen betebeharra honelako kasuetara ere hedatu behar da: arau juridikoa kasu zehatzari aplikatzeko herritarraren eremuan eskubidea aurretik existitzen den ala ez zehazten duten datu objektiboak kontuan izateaz gain, araua, aplikatu baino lehen, ebazpenaren zentzua erabakitzen duten kontzeptu zehaztugabeak hautemanez integratu ere egin behar denean (modu subjektiboan, halabeharrez). Kasu horietan, Administrazioari hautemate-tarte jakin bat aitortu behar zaio; horrek, tarte arrazoitu eta arrazoizkoen barruan gauzatzen den heinean, jurisprudentzia orientatzen duten irizpideen arabera eta egon daitezkeen alderdi arautuak erabat errespetatuz, kaltearen antijuridikotasuna desagerraraziko luke, eta, beraz, Administrazioaren ondare-erantzukizunaren institutuak jardun ahal izateko oro har eskatzen diren betekizunetako bat falta izango litzateke.

2008ko uztailaren 14ko AGEk (RJ/2008/3432) **arlo honetan Administrazioak ebazterakoan egon daitezkeen kasu desberdinak aipatzen ditu**, ondare-erantzukizuna sortzeari dagokionez, eta arrazoitzen du **panorama ez dela berdina eskumeneko ekintzen gauzatzea izan** (horrelakoetan, Administrazioak juridikoki berdinak diren zenbait aukeratatik erabaki dezake, Konstituzioaren ─EK─ 9.3 artikuluak debekatzen duen arbitrariotasuna muga bakarra izanik) **edo botere arautuekin jardun** (kasu horretan, ez dauka hautemate-tarterik eta legegilearen aginduak betearaztera mugatzen da). Eta bigarren talde horretan, hauen artean bereizi beharko da: batetik, aurredefinizio agortzailea arau-proposamenaren elementu guztietara heltzen den jarduketak, eta, bestetik, kontzeptu juridiko zehaztugabeen teknikari helduz Administrazioa kasu zehatzean posible den bidezko irtenbide bakarrera heltzera bultzatzen dutenak, kasuan kasuko inguruabarrak balioetsiz, egiaztatzeko eragiten dion errealitateari modu zehaztugabean zedarritutako arau-proposamena komeni zaion. **Hautatutako irtenbidea arrazoizko tarteen barruan eta modu arrazoituan gertatzen bada, administrazio-jarduketaren ondorioz haren ondare juridikoak jasotzen dituen ondorio kaltegarriak jasatera behartuta geratzen da herritarra, eta, horrela, kaltearen antijuridikotasuna desagertu egiten da** (1996ko otsailaren 5eko epaia, RJ 1996, 987; 2006ko urtarrilaren 24koa, RJ 2006, 734; 2000ko urtarrilaren 13koa, RJ 2000, 659; 2006ko irailaren 12koa, RJ 2006, 6346; 2007ko ekainaren 5ekoa, RJ 2007, 4991; 2008ko urtarrilaren 31koa, RJ 2008, 1347; eta 2008ko otsailaren 5ekoa, RJ 2008, 1351).

Baliteke, erabat araututa dauden ahalmenak erabiliz emandako egintzen aurrean, sakrifizio indibiduala egin behar izatea, egintza geroago ezeztatzen bada ere; horrela da, egintzak interes orokorrak betetzea zeregin duen (hortaz, ezin da geldirik geratu bere erabakiak berrikusi eta ezeztatu ondoren ─kasu guztietan eta baterako inguruabarrak aintzat hartu gabe─ kaltedunari kalteak aurrekontu publikoen kargura ordaindu beharko dituen beldurrez) Administrazio publikoari eskatzeko moduko arrazoizkotasunaren mugetan gauzatzen direlako.

2011ko urriaren 26ko AGEk (RJ 2011, 1574) edo 2015eko otsailaren 17ko AGEk (RJ 2015, 922) ondorioztatzen dutenez: "Hitz batean, zerbitzu publiko jakin baten funtzionamenduak herritar bati dakarkion ondare-kaltea antijuridikoa den jakiteko, administrazio-jardueraren izaera analizatu behar da eta eskatu ahal zaizkion arrazionaltasun-parametroei erantzuten dien aztertu behar da. Hau da, deuseztatu arren administrazio-erabakiak aplikatzen dituen arauen arrazoizko interpretazio bat erakusten ote duen, Administrazioari esleitu zaion ahalaren helburuak betetzera bideratuta".

Hizpide dugun kasura ekarrita administrazio-ebazpenak administrazio-bidean edo auzibidean deuseztatu diren kasuetan ondoriozta daitekeen ondare-erantzukizunari buruzko jurisprudentzia-doktrina (AJAPELren 142.4 artikulua), Batzordeak uste du ezin zaiola Donostiako Udalari erantzukizunik egotzi Informazioko, Partaidetzako eta Ingurumeneko zinegotzi ordezkariaren 2011ko azaroaren 29ko Ebazpenagatik ─... ostatuaren jarduera handitzea legeztatzeko eskaera ukatzekoa─ legezkotasunaren arrazoizko interpretazio batean oinarrituta dago eta.

Zalantzarik gabe, hirigintzako lizentziak ematea araudian ezarritako ahalmenen erabilera denez, zailagoa egiten da ebaztea jokabide publikoa arrazoizkotasun bideetatik doan ala ez,

eskatzaileak bere eskubideko lizentzia bat ukatzen eta ematea atzeratzen denean. Hala ere, kontuan izan behar dugu Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia ─lehenago aipatutakoa─, Administrazioa erantzukizunetik salbuestea ondorioztatzen duena, baita araudian ezarritako ahalmenen kasu batzuetan ere.

Aztergai dugun kasuan, **jarduera-lizentzia bidegabe ukatzeagatik kalte-ordaina jasotzeko eskubidea planteatzen da, baina lizentzia ematea atzeratu egin izana da kasuaren berezitasuna; izan ere, ukatzeko ebazpena eman eta jakinarazteko epea gainditu zen, eta ondorioz, lizentzia isiltasun positiboaren bidez eman zen, *contra legem* ez zela aztertu ondoren.**

Egitateen azalpenean adierazi bezala, administrazioak Euskal Autonomia Erkidegoko ingurumena babesteko otsailaren 27ko 3/1998 Lege orokorraren (IBLO) 58. artikuluan xedatutakoa betez jardun du. Ostatu-jarduera handitzea legeztatzeko lizentziaren eskaera 2011ko abuztuaren 12an aurkeztu zenez, apirilaren 23ko 7/2012 Legeak (barne-merkatuko zerbitzuei buruz Europako Parlamentuak eta Kontseiluak abenduaren 12an emandako 2006/123/EE Zuzentaraura egokitze aldera zenbait lege aldatzekoak) bultzatutako erreformaren aurretik ezarritako araubidea aplikatu behar zitzaion.

Horrela, espedientea jendaurrean jarri zen eta aurrez aurre eman zitzaien horren berri handitutako jarduera jartzeko kokapenaren alboan bizi diren auzokideei. Jardueraren izaera kontuan hartuta beharrezkoak diren txosten teknikoak ere eskatu ziren.

2011ko azaroaren 18an, udaleko arkitektoak txosten teknikoa bidali zuen, eta horren arabera, jarduera ez zen hirigintza-antolamenduaren araberakoa. Txostena jaso ondoren, Informazioko, Partaidetzako eta Ingurumeneko zinegotzi ordezkariak legeztatzea ukatzeko ebazpena eman zuen, 2011ko azaroaren 29an.

Eskaeran azaltzen den eguna kontuan hartuta (2011-08-12), ebazpena eman zenean (2011-11-29) oraindik ez zen amaitu IBLOren 60. artikuluan ezarritako sei hilabeteko epea.

Aipatu IBLOren 60. artikuluak *dies a quo* edo epearen hasiera eguna lizentziaren eskaera formala aurkezten den eguna dela dio (zuzen); *dies ad quem* edo epemuga, aldiz, organo eskudunak esanbidezko ebazpena ematen duen eguna dela dio (oker). Izan ere, AJAPELren 43. artikuluari buruzko aipamena ikusita, epemuga esanbidezko ebazpena jakinarazteko eguna dela ulertu behar da.

Ildo horretan, hain zuzen ere, **jakinarazpena egin zen egunean ─ezagutzen ez diren arrazoiengatik─ gertatu zen justifikaziorik gabeko atzerapena**, ebazpena 2012ko otsailaren 28ra arte ez baitzen jakinarazi; lehenago, hain zuzen, 2012ko otsailaren 12an, administrazioaren isiltasun positiboaren ondoriozko egintza izan zen.

Justifikaziorik gabeko atzerapena, hortaz, 16 egunekoa da, eta, atzerapena baloratze aldera, ezin da ahaztu sei hilabeteko epeak etenda geratu behar zuela, erreklamaziogileengandik dokumentazio osagarria ─txostena eman behar zuten organo teknikoek eskatu zutena─

jaso behar zelako, hala baitio AJAPELren 42.5.a) artikuluak; errekerimenduari hiru hilabeteko epean erantzun ezean, prozedura iraungitzat jo, eta jarduketak artxibatu egingo ziren.

Gogoan izan behar da, gainera, une hartatik aurrera, erreklamaziogileek, beren legezko eskubideak behar bezala arrazoitutako ebazpenaren aurka defendatzeko administrazioarekiko auzien jurisdikziora zuzenean jotzeko aukera izan arren, administrazio-bidean aukerako berraztertzeko errekurtsoa jarri nahiago izan zuten, saihestezina den luzapena onartuz.

Hitz batez, **justifikaziorik gabeko atzerapena ukatu gabe, kaltea 16 eguneko atzerapen horrek eragindakoa bakarrik izango litzateke, hau da, erreklamaziogileek denbora-tarte labur horretan lortu ez zuten ustezko irabazia**. Hala ere, ez da erreklamaziogileek eskatzen dutena (aurrerago aztertuko dugu kontu hori).

Garrantzia handiagoa du lizentziaren eskaera bidegabe ukatzea oinarri duten erreklamazioak, baina Batzordea bat dator udalaren proposamenarekin: indarrean dagoen hirigintza-araudiaren interpretazio arrazoitua eta arrazoizkoa egin zela.

Eta udalaren jardunak (lizentziaren ukapena) kasu horietan egin beharreko arrazoizkotasun-balorazioa gainditu duen ala ez baloratzeko, lehen mailako balorazio-elementua dira ebazpen judizialetan jasotako erabaki zehatzak, lizentzia ukatzea zuzenbidearekin bat ez zetorrela deklaratu zutenak.

Kasu honetan, azkenean deuseztatu zen arren, udalaren jarduna —hasiera batean lizentzia ukatzea— ezin dela arrazoigabetzat edo arbitrariotzat jo ondorioztatzeko, nahikoa da EAEJANren epaiaren 7. oinarri juridiko propioa aipatzea. Epaiaren bidez, apelazioa ukatu egin zen, eta oinarri juridikotik honako hau ondorioztatzen da argi:

> Kostuei dagokienez Jurisdikzioari buruzko 139.2 artikuluan jasotako irizpideak betez, apelazio-errekurtsoak gaitzetsi arren, kasuaren berezitasunak direla eta, ez da esanbidezko erabakirik emango; hala ondorioztatzen da, hasiera batean, 2. OJn jaso dugun apelatutako epaiaren edukitik, baita 2010eko Hiri Antolamenduko Plan Orokorreko xedapenei dagokienez aipatu dugun eztabaida juridikotik ere, Alde Zaharra eta Kaia Birgaitzeko 1995eko abenduko Plan Berezia baliozkotzea dela eta.

Udalaren jarrera arau-esparru aplikagarriaren balizko interpretazioetako bat zen, arrazoitua eta arrazoizkoa.

Auzialdiko epaiek eta apelazioak agerian utzi dute eztabaidaren konplexutasuna eta zehaztasuna, izan ere, horien luzera oso adierazgarria da. Eztabaida kopiatzeko asmorik gabe, nahikoa da aipatzea argitu behar izan zela 2010eko Hiri Antolamenduko Plan Orokorraren eragina Alde Zaharra eta Kaia Birgaitzeko 1995eko Plan Berezian, hain zuzen ere, nola justifikatu zen eta norainokoa zen plan hori indargabetzea eta konbalidazioa.

Bizitegi-eraikinen "hirugarren sektorerako joerari" aurre egiteko tresna bietan antzematen den kontraesana —printzipioen eta helburuen artean— onartuta ere, Justizia Auzitegi Nagusiak ho-

nako ondorio hau atera du: "itxurazko antinomia edo frikzio normatiboa" Plan Orokorrak ezarritako mekanismoaren bidez konpondu beharko litzateke, Plan Berezian beharrezko egokitzapenak eginez, eta hori ez dela egin ematen du.

Aurreko gogoetak berez nahikoak izango lirateke aurkeztutako erreklamazioa gaitzesteko; hala ere, egokitzat jotzen da legeak Administrazioaren ondare-erantzukizuna onartzeko eskatzen duen beste betekizunari buruzko aipamen laburra egitea.

Kalte edo galeraren egiazkotasuna egiaztatzeko, erreklamaziogileek peritu-txosten bat erantsi dute; horren arabera, **lortu gabeko irabazia** 97.794,98 euro da.

Jakina denez, jurisprudentziak, lortu gabeko irabaziari dagokionez (besteak beste, 2002ko azaroaren 15eko AGE, RJ 2002, 10959), "jasotzeari utzitako irabazien froga zehatz bat eskatzen da, lortu gabeko irabaziaren kalte-ordaina, Auzitegi Gorenaren Hirugarren Salak behin eta berriz adierazitako jurisprudentziarekin koherentzian, ez baita onargarria soilik onura batzuk lortzeari uzteko aukera aurkeztea".

Eta, ildo berean, 2006ko otsailaren 22ko epaiak (RJ 2006, 2895) dio: "lortu gabeko irabaziengatiko kalte-ordainak eskatzen du kalte efektibo eta ekonomikoki baloratzeko moduko bat (gertagarriak bakarrik ez diren diru-sarrera batzuen galeratik eratorria) berehala, modu esklusiboan eta zuzenean izan dela frogatzea, eta kanpo geratzen dira itxarokizun hutsak eta etekin zalantzagarri edo hipotetikoak".

Erreklamaziogileen adituak hautatu duen kalkulu-formulak batez besteko okupazioa zehaztu du, denboraldi eta prezioen arabera bereizita, eragindako logela bakoitzeko batez besteko etekin gordina lortze aldera. Jarraian, eguneko etekina zehaztuta, logelak erabili ez diren egunen kopuruaz biderkatu du, irabazi garbia zehazteko. Ondoren, diru-sarrerak jasotzeko ezinbesteko gastu finkoak kenduta, irabazi haztatua lortu du: % 25,56 logela bakoitzeko.

Jarduera geldirik zegoen egunen kopurua kalkulatzeko, hasiera gisa ixteko agindua eman zen eguna hartzen du kontuan (2012ko abenduaren 4a), baita hartzaileei agindua betetzeko eman zitzaien bi eguneko epea ere (2012ko abenduaren 6a); aldiaren amaieratzat, berriz, 2016ko martxoaren 15a jotzen du, hau da, ostatuaren titularrei EAEJANren epaia jakinarazteko eguna.

Ustiatu ezin izan zituzten 7 logelei dagokienez (6.etik 12.era bitartekoak), adituak dio erreklamaziogileek azaldu dutela 6. logela modu pribatuan erabili zutela, beraz, ez zuela etekinik sortzen ez jarduera gelditu baino lehen, ez geldituta zegoen bitartean. Ixteko agindua ez zen bete 9., 10. eta 11. logelen kasuan, horiek 2013ko uztailaren 10ean zigilatu arte.

Aurrekari horiek azalduta, jarduera geldituta zegoen bi aldi ezartzen ditu, kalte-ordaina jasotzeko modukoak: (i) 1.194 egun, hiru kasutan: 7., 8. eta 12. logelak, eta (ii) 978 egun gainerako logelen kasuan: 9., 10. eta 11.

Ezer baino lehen, zuzenketa bat egin behar da ustezko kaltea gauzatuko zen epeari dagokionez, jarduera ixteko agindua ez baitzen 2012ko abenduaren 31ra arte jakinarazi, 2012ko abenduaren 14an huts egin zuen saialdi bat egin ondoren. Gauzak horrela, adituak hautatutako formula aplikatuz, epea 2013ko urtarrilaren 2ra arte ez zen hasi.

Era berean, beste zuzenketa bat egin behar da: itxitako logelen urteko batez besteko okupazioari buruzko egoera-orri informatikoetatik (... txostenaren 5. orrialdea) ondorioztatzen da 2016ko martxoaren 15a (EAEJANren epaia jakinarazteko eguna) baino lehen kontratatu zirela bezero batzuei ostatu emateko; izan ere, 7., 8. eta 9. logelei dagokien lehenengo sarrera 2015-12-28koa da, 10., 11. eta 12. logelei dagokiena, berriz, 2015-12-31koa.

Aditu-txostenari egindako zuzenketak ─jarduera eteteko aldiari buruz─ alde batera utzita, Batzordeak zalantza handiak ditu, egitateen azalpena ikusita, erreklamaziogileek esandakoaren egiazkotasunaren inguruan, hain zuzen, erreklamatzen dituzten irabaziak lortu ez izana edo logelak ixteak errentagarri egitea galarazi zuela esaten dutenean; behintzat, zalantzak sortzen dituzte lortu gabeko irabaziagatik kalte-ordaina kalkulatzeko orduan aintzat hartutako kantitateak eta itxieraren eraginak.

Lehenik, 7 logelak ixteko agindua eman zenean, ez zuten agindua bete; are gehiago, ez zuten bete Donostiako Administrazioarekiko Auzien 3. zenbakiko Epaitegiaren 88/13 Autoa, 2013ko otsailaren 25ekoa, kautelazko neurri gisa bere indarraldiari eutsi ziona; hau da, ez zuten borondate onik erakutsi berehala bete beharreko administrazio egintza eta ebazpen judiziala betetzeko orduan.

Aipatutako egoera-orriak berriz aztertzen baditugu, ikus dezakegu 2013-01-01etik 2013-12-31ra bitarteko aldian 9., 10. eta 11. logelek okupatuta jarraitzen zutela, zigilatu eta gero (157., 170. eta 183. orrialdeak). Egoera hori justifikatzeko, erreklamaziogileek diote lehenago hartutako konpromisoak bete behar zituztela lehentasunez, eta hori beste edozein gogoetaren gainetik jartzen da.

Bigarrenik, ezin da esan erreklamaziogileek 7., 8. eta 12. logelak erabili ez zituztenik; izan ere, 7. logela trasteleku gisa erabiltzen zuten, 8. logela beren amak okupatzen zuen, eta 12. logelan jabearen lagun bat bizi zen, Madrildik etorritakoa (egoera-orrien arabera, pertsona hori 2013-07-01etik 2013-08-27ra bitartean ostatatu zen 12. logelan, baina logela hori beste pertsona batzuek ere okupatu zuten 2013. urtean bertan, geroago).

Bistan denez, logelak horretarako erabiltzen baziren, ezinezkoa zen komertzializatzea, edo bestela esanda, ezin izan ziren jarri hirugarren baten erabilera eta gozamenerako, eta itxiera ez zen horren arrazoia (gogorarazi behar da zigilatzeak bakarrik eragotzi zuela beste hiru logelak ustiatzea).

Alegatutako kalte osoaren sinesgarritasuna zalantzan jartzen duten elementuei dagokienez, honako hauek kontuan izan behar dira:

a) Erreklamaziogileek oztopatu egin zituzten udal zerbitzuen ikuskapen- eta kontrolzereginak; egokitzat jo zutenean baimendu zieten sartzea.

b) Pertsona pribatu batek aurkeztutako kexak, 2013ko abuztuaren 7koa, 2014ko apirilaren 7koa (*Booking* zerbitzuaren erreserba-orriaren kopia bat erantsi da) eta 2014ko uztailaren 16koa, jarduera ixteko agindua benetan betetzen ez dela salatzen

dutenak.

c) Errentamendu-kontratu zibilak formalizatzeko aukerari buruzko kontsulta; kontratu horien helburua zen ostatuko gune pribatua, hau da, etxebizitza pribatu gisa erabiltzen den gunea erabiltzea, beste era batera errentagarri egiteko.

Laburbilduz, arrazoibide hauek aztergai dugun kasuari aplikatuta, kalte antijuridikorik ez dela ondorioztatu behar da.

Kontuan hartu behar dugu lizentziaren eskaera egin zenetik (2011ko abuztuaren 12an) ukapena jakinarazi zen arte (2012ko otsailaren 22an) justifikaziorik gabeko atzerapena gertatu zen arren ─prozedura ebazteko epea gainditu zen─, atzerapen horrek ez zuela eragin erreklamaziogileak deskribatzen duen kaltea.

Administrazioaren ebazpena ezeztatu egin zen, hirigintzako legezkotasuna gai juridiko konplexuan beste modu batean interpretatu zelako; ezeztapena behar bezala arrazoitu zen, eta ez zegoen akatsik edo balorazio okerrik datu objektiboak aztertzean.

Bestalde, ez da era frogagarrian egiaztatu interesdunek erreklamatzen dituzten irabaziak lizentzia ukatzeagatik galdu izana.

55/2018 ABJI, par.: 56.etik 112.era

Esan dugunez, AXAk **Administrazioaren jardunik ezean oinarritzen du bere erreklamazioa; izan ere, hasteko, auzoko batek 2015. urtean aurkeztutako eskaeraren bidez zuhaitzaren egoeraren berri eman ondoren, udalak ez zituen zuhaitza babesteko neurririk hartu**; **eta gero, luzatu zuen baimena ─hasieran, zuhaitza mozteko, eta gero, kimuak mozteko─** emateko prozedura izapidetzea, lehenago azaldu dugun moduan.

Atariko gogoeta moduan, jasota utzi behar da erortzean erreklamazioaren arrazoi diren kalteak eragin zituen zuhaitzak **jabeen erkidegoen ondasun pribatua zela. Hortaz, jabe-erkidego horren ardura zen zuhaitza une guztietan zaintzeko, mantentzeko eta kontserbatzeko lanak egitea**, baita istripua gertatu aurreko urteetan ere, geroago aipatuko den hondatzea saihesteko.

Halaber, argitu behar da auzokide batek 2015. urtean aurkeztutako eskaera (AXAk aipatzen duena) zuhaitza hiriaren ondare moduan babesteko eskatzen zen, jabe-erkidegoak zuhaitzari buruzko neurriak ─moztea barne─ hartu nahi zituelako.

Irizpenean jasotako gertaeren azalpenak dioenez, udalak (Obrak, Zerbitzuak, Hiri eraberritzea eta Espazio publikoen Sailak) JRGPI jaunaren idazkia jaso ondoren izapidetu zuen 2015-051171 espedientea (ondare-erantzukizuneko espedientearen I. eranskinean jasotako udal dokumentazioa ─1.etik 26.era bitarteko orriak─). Jabeen erkidegoko auzokidearen idazkia 2015eko urriaren 2an erregistratu zen udalean, eta horren bidez, herritarrak aipatu zuhaitza

babesteko beharrezkotzat jotzen zituen neurriak lehenbailehen hartzeko eskatu zuen, honako arrazoi hauek adierazita:

> JUSTIFIKAZIOA. Irailaren 30ean Presidenteen Batzordearen bilera egin zen, eguneko gai-zerrendako gai bakarra "Santiago Bidea plazan dagoen zuhaitzari dagokionez hartu beharreko neurriak" izanik.
>
> Deialdiaren post-dataren arabera, zuhaitzak pitzadura bat eragin du zoruan, eta arriskutsua da.
>
> Aipatu zuhaitza, antzinako Santo Domingo de Guzmán komentutik geratzen den bakarra, 200 urte baino zaharragoa da, eta 15 metro inguruko altuera du; enborraren zirkunferentzia 3 metro baino handiagoa da.
>
> ESKAERAREN XEDEA. Zuhaitzaren apaingarri-balio handia eta bitxitasuna, Mallonako bidarrietan egotea, tamaina handia eta antzinatasuna kontuan hartuta, babes-neurriak hartu behar dira, desagertzea saihesteko.
>
> Ezinbestekoa dirudi udal honek (…) Santo Domingo de Guzmángo Komunitate Orokorrari har ditzaketen neurriak lehenbailehen jakinaraztea, zalantzarik gabe, bilbotar guztien ondarea den zuhaitza babesteko.

Espedientearen baitan, Parke eta Lorategien Atalak txosten bat igorri zuen (horren edukia gertaeren azalpenean jaso zen). Hortik nabarmentzekoa da atalak ohartarazi duela zuhaitzaren tomografia hartu beharko dela barrualdearen egoera egiaztatzeko —barrutik usteltzeko joera du, kanpoaldean ikus daitekeen ahultasun-zantzurik gabe—.

Era berean, Obren Ikuskaritza Atalak, Hirigintza-diziplina Azpisailari atxikiak, tokia bisitatu zuen (2015eko urriaren 28ko txostena), zuhaitzaren eta galtzadaren arteko distantzia neurtzeko, eta 1,70 metro zela egiaztatu zen; ez zen ikusi zuhaitzaren sustraiek galtzadan eragindako kalterik (planoa erantsi da).

Hurrengo egunean, urriaren 29an, Hirigintzako Lizentzietako eta Diziplinako Zuzendariordetzak txostena igorri zuen, non agerian utzi zuen goian aipatutako 2/2012 Dekretuan xedatutakoa aplikatuta, Mallonako bidarriak Donejakue bideko monumentu multzoaren zati direnez, 17.4 artikulua aplikatu behar zela. Artikulu horrek debekatzen du zuhaitzak moztea edo basoak soiltzea, bidetik 10 metro baino gutxiagora badaude, eta galtzada-ertzetik adierazitako distantziara dauden arbolak bakarrik mozteko aukera aurreikusten du (3 metro baino gutxiagora, baldin eta galtzadari kalte egiten diotela modu frogagarrian egiaztatu bada).

Txosten horren berri JRGPI jaunari eman zitzaion. Gainera, "Ekologistak Martxan Bizkaia" elkarteak esku hartu zuen, eta txostena jabeen erkidegoa osatzen duten eraikinen presidenteei txostenean adierazitakoa ez-betetzeak izan ditzakeen legezko ondorioekin batera helarazteko eskatu zuen.

Hortik ondorioztatzen da **udalak lehen aldiz 2015eko urrian izan zuela zuhaitzaren egoeraren berri, jabeen erkidegoan bizi den auzokideak udalera jo zuenean, eta zuhaitza jabe-erkidegoak burutu nahi zuen jardunetik babesteko eskaera aurkeztu zuenean**. **Une hartan, udalak zuhaitza ebaluatzeko ikuskapen-bisitak burutu zituen, eta, interes kontrajarriak aintzat hartuta, asmoen bideragarritasunari buruzko iritzia segurtasunez emateko tomografia egin behar zela erabaki zuen**. Azterketa egin behar zela erabakita, **hori kontratatzea jabeen erkidegoari zegokion, hau da, zuhaitzaren jabeari.**

Ondorioz, jabeen erkidegoak zuhaitza mozteko baimena eskatu aurretik ezagutu zuen udalaren iritzia eta bazekien azterketa egin behar zela.

Gauzak horrela, AXAk udal administrazioari aurpegiratzen dion funtzionamendu anormalari dagokionez, aipatu behar da **jabeen erkidegoak zuhaitza mozteko lanetarako baimena eskatuta (eskaera 2016ko maiatzaren 26an erregistratu zen), udaleko Hiri Plangintzako Sailak obra txikia egiteko lizentzia emateko prozedurari hasiera eman ziola** (espedientezenbakia: 2016-028926)**.**

Kontuan izan behar da **udalaren jarduna bat datorrela** lurzoruari eta hirigintzari buruzko ekainaren 30eko 2/2006 Legearen 210. artikuluak —eta, zehazkiago, 207. artikuluarekin— aipatzen duen araudian xedatutakoarekin (VI. titulua, udalen ardura den hirigintzako antolamendua bermatzeari eta babesteari buruzkoa).

Eraikinak mantendu, konpondu eta birgaitzeari buruzko eta hirigintzako lizentzia eta kontsultei eta horiek izapidetzeari buruzko ordenantzez gain, bereziki aipatu behar da Bilboko Udalaren Gune berdeei buruzko Ordenantza, eta horretan, 6. kapitulua, "Eremu berdeak kontserbatu eta mantentzea", eta 8. kapitulua, "Hirugarrengoek eremu berdeetan obrak egitea". Ordenantza horretan, arau-hauste oso larritzat hartzen da (12. kapitulua): "b) Udalaren baimenik gabe zuhaitzak kimatu, moztu, lekuz aldatu edo berriro landatzea".

Jabeen erkidegoak zuhaitza mozteko baimenaren eskaera aurkeztu eta gero, udalak dagokion prozedura hasi zuen, eta, 2016ko ekainaren 16an, Parke eta Lorategien Atalak txosten bat igorri zuen. Zerbitzu horrek, lehenago aipatu bezala, zuhaitza ikuskatu zuen eta egoera fitosanitario ona antzeman zuen; aldi berean, egiaztatu zuen zuhaitza hain toki mugatuan zegoenez (harresiez inguratuta eta zintarri batekin enborretik hurbil), sustraiek pitzadurak eta deformazioak sortzen zituztela zoladuran; zerbitzuaren iritziz, "saihets daitezke, enborraren inguruan leku libre gehiago utziz gero". Adierazpen horretatik ondoriozta daiteke antzemandako gabezia konpongarria zela.

Jarraian, txostenak enborraren tomografia egiteko beharra aipatu zuen, zuhaitzaren arrisku maila ebaluatzeko, eta gero, moztea komeni den ala ez erabakitzeko. Zuhaitza mozteak nabarmen kaltetuko luke inguruko paisaia, zuhaitz-ale horren apaingarri-balioa zalantzarik gabekoa eta eztabaidaezina delako. Txostenak azaltzen duenez, tomografiari esker, enborraren barruko egoera ezagutu ahal izango da, zuhaitz horiek "barrutik usteltzeko joera baitute", barruko

egoera txarraren sintomak kanpoaldean eta zuhaitzaren itxura orokorrean ikusten ez badira ere.

Parke eta Lorategien Atalak, ondare-erantzukizunari buruzko prozeduraren baitan igorritako txostenean (2018ko otsailaren 12koan), honela justifikatu zuen azterketa hori eskatu izana: "Ohikoa da espezie honetan ale zaharrek kanpoaldean makalaldiaren edo bizitasuna galtzearen seinalerik —zurgiharraren egoera txarra iragartzen dutenik— ez izatea, horregatik, ezinbestekoa da zuhaitzari tomografia egitea, bere egoera zehazteko". Hortik ondorioztatzen da "egintza horien erantzukizuna ezin zaiola Parke eta Lorategien Atalari egotzi, eta zuhaitzaren titulartasuna eta zaintzeko ardura jabeei dagokiela".

Batzordearen iritziz, udalaren erabakiak, Hiri Plangintzako Saileko zinegotzi-ordezkariaren 2016ko uztailaren 6ko Ebazpenean gauzatuak, **jabeen erkidegoari enborraren tomografia eskatzeko** (zuhaitza mozteko baimena lortzeko prozedura izapidetzean), parke eta lorategien atalaren txostenean azaldutako arrazoiengatik, obra txikien (III) negoziatuko buruak aldeko txostena emanda, **ez du zuhaitza mozteko lizentziaren prozedura luzatu.**

Emandako datuak eta eragindako interesak kontuan hartuta, uste dugu **tomografia egitea justifikatua eta egokia zela**, Parke eta Lorategien Atalak ondare-erantzukizunari buruzko prozeduran zehar egindako txostena ikusita (aurreko txostenei jarraitzen zaiena), honako hauek kontuan hartuta: ikuskapena egin ondoren, eta beste froga eztabaidaezinik gabe, une hartan ez zegoen arrazoi oinarridunik zuhaitzaren narriadura determinatzeko, eta mozteko baimena berehala ematea justifikatzen zuen arrisku egoeran zegoela esateko; zuhaitzaren balio paisajistikoa; Done Jakue bidean —kostaldeko bidean— dagoen monumentu multzoan egotea, eta kokapenari loturiko babes-erregimena, hain zuzen, lehenago aipatutako 2/2012 Dekretuaren 17.4 artikuluan ezarritakoa; jabeen erkidegoko kide bat eta dagoeneko aipatu diren elkarteak zuhaitza mozteko erabakiaren aurka egotea.

Aurreko ondorioa bermatuta dago, gainera, egoerari buruzko txostenak adierazitakoan eta zuhaitzaren egonkortasunari eta bideragarritasunari buruzko gomendioetan; ingeniari batek —lorezaintzan eta paisajismoan master titulua duenak—, jabeen erkidegoak hala eskatuta, 2016ko apirilaren 11n egin zuen txostena, zuhaitza mozteko baimenaren eskaerarekin batera aurkeztu zena.

Txosten horren 5. atalean, gaztainondoaren egoera dela eta hartu beharreko neurriak baloratzeko irizpideei buruzkoan, honako hau ezarri da: lehenengo irizpidea pertsonen segurtasuna da, eta horri dagokionez, "Badago arrisku bat zuhaitza haizeen edo euriteen eraginez erortzeko" (ez du esaten arrisku ukaezina edo berehalakoa denik); bigarrena, materialak eta ondasun higiezinak kaltetzeko arriskua; eta hirugarrena, zuhaitza, bere ingurumen-balioa eta paisaiari egiten dion ekarpena babestea —"Zuhaitzak landare-itxura eta berdetasuna ematen die kaleari eta lekua ia guztiz inguratzen duten eraikinei, tokiaren kalitate paisajistikoa nabarmen hobetuz. Zuhaitza kontserbatzeko konponbidea honako hau izango litzateke: zuhaitza egonkortzea, patioan jarri behar diren metalezko ainguraketa handi batzuen bidez; patioko zoladura hautsi eta bertan hondeatu beharko litzateke, ainguraketak jatorrizko haitzean finkatzeko"—. Hortaz, txostenak aurreikusten du zuhaitza kontserbatzeko neurriak hartzeko aukera, hala ere, ez du bide hori gomendatzen, batez ere, konplexua delako eta kostu handia duelako.

Txostenak honako irizpen hau ematen du, zuhaitzaren egoera eta balio paisajistikoa aztertuta:

> Txostenak gomendatzen du patio osoa eraberritzea eta erabilera anitzeko lorategi bat egitea, indigaztainondoa berritzea eta ─lekuaren tamaina kontuan hartuta─ beste zuhaitz egokiago eta txikiago batzuekin ordeztea barne ... (indigaztainondoa 30 metroko altuerara irits daiteke baldintza egokietan). Oraingo gaztainondoaren tamaina txikia, neurri batean, lurpeko ur-lasterren menpe egotearen ondorioa da. Era berean, zuhaitz berria lurpeko ur-laster horien eraginetik aldendu beharko litzateke, okertzeko joera saihesteko.
>
> Zuhaitza kentzeaz gain, badaude konponbide alternatiboak, baina ez dira hain komenigarriak; adibidez, zuhaitza 3-5 urtetan behin kimatzea, eta horren ondorioz, balio paisajistikoa galtzea; edo zuhaitza egonkortasuna bermatuko duten metalezko barren bidez zorupeko haitzean finkatzea. Lan garestiak dira, eta patioaren oraingo itxura aldatuko lukete, eta eragina izango lukete patioa berritzeko lanetan.

Hau da, jabeen erkidegoak zuhaitza mozteko baimenaren eskaerarekin batera aurkeztutako txostenean alternatiba bat proposatu da, zuhaitza moztu beharrean, okertzeko joera zuzentzeko; halaber, noizean behin kimatzeko aukera aipatu da, zuhaitza ainguratzeaz gain. Batzordeak ondorioztatu duenez, alternatiba horiek ez lirateke planteatuko, zuhaitza erortzeko arriskuan zegoela eta arrisku hori desagerrarazteko zuhaitza moztu behar zela jakinez gero.

Azkenik, ohartarazi behar da zuhaitza mozteko baimena emateko prozeduran, nahitaezko txostenekin batera, erabakia hartzeko beharrezkotzat jotzen diren beste txosten batzuk ere eska daitezke; halakoetan, ─kasu honetan bezala─ arrazoitu behar dira txostenak eskatzeko komenigarritasuna eta aztertu behar diren gaiak (ildo horretan, APELren 79. artikulua eta Toki Erakundeen Antolaketaren, Funtzionamenduaren eta Araubide Juridikoaren Erregelamenduaren 174. artikulua aipatu behar dira).

Nolanahi ere, **jabeen erkidegoak ez zuen eskatutako tomografia ezarritako epean aurkeztu** (ez gara emandako arrazoiak baloratzen hasiko, ez baitira garrantzitsuak gure azterketaren ondorioetarako; gainera, nekez kontrasta daitezke), **eta horrek**, ohartarazi zitzaion bezala, **espedientea artxibatzea ekarri zuen**. Beraz, jabe-erkidegoaren jardunak eragina izan zuen AXAk orain bere erreklamazioaren oinarri erabiltzen duen atzerapena sortzean.

Batzordearen arabera, aurreko argudioak AXAren alegazioa indargabetzeko erabil daitezke; horren arabera, zuhaitza erori egin zen, udalak (lehenik) zuhaitza mozteko, eta (bigarrenik) kimatzeko baimenik eman ez zuelako, eta gainera, prozedura luzatu zuelako, tomografia eskatu zuenean. Aseguru-etxearen iritziz, tomografia ez zen batere beharrezkoa. Iritzi hori dagoeneko baztertu egin dugu, zuhaitza mozteko baimena emateko prozedura aztertzeko orduan; alegiazkotasun bera hartzen du, kimatzeko baimenaren eskaerari dagokionez.

Aintzat hartu behar da jabe-erkidegoak zuhaitza kimatzeko baimena eskatu zuenean ─zuhaitza mozteko baimenari buruzko espedientea artxibatu eta gero─, mozteko baimenaren eskaeran

erabilitako arrazoi berberak aipatu zituela, eta txosten berberak erantsi zituela, eskaeraren oinarri moduan.

Kimatzeko baimenaren eskaera jasota, Parke eta Lorategien Atalak bere txostenean (2016ko azaroaren 24koan) zuhaitzaren tomografia egiteko eskaera berria justifikatu zuen, azterketa horren arabera (zuhaitza mozteko baimenaren kasuan bezalaxe) baloratu behar baitzen arriskua, baita kimatzeari buruzko erabakia ere. Era berean, jabe-erkidegoak azterketa hori aurkezteko aipatutako zailtasunak kontuan hartuta, hura egiteko aukera eman zitzaion:

> (…) Aesculus hippocastanum espezieak kanpoko seinalerik gabe, eta zuhaitzaren bizitasuna kaltetu gabe barrutik usteltzeko joera duela eta usteltze-prozesuek zuhaitzaren egonkortasun mekanikoa arriskuan jar dezaketela kontuan hartuta, ezinbestekoa da azterketa bat egitea. Hori dela eta, edozein jarduketa egin aurretik, eta zuhaitz-ondarea kontserbatze aldera, jabe-erkidegoa ados badago, "UTE ESPACIOS VERDES BILBAO"-k, hau da, mantentze-lanak egiteko kontratatutako enpresak, zuhaitzaren tomografia egingo du.
>
> Tomografian arriskurik ikusten ez ba, Parke eta Lorategien Atal honek ez du eragozpenik kimaketa-lanak baimentzeko, baldin eta soberako adarrak bakarrik, eta ez hirugarren mailako adar guztiak kentzen badira; izan ere, baliteke azken praktika hori jasanezina izatea hura bezalako zuhaitz zahar batentzat.

Laburbilduz, ondare-erantzukizuneko erreklamazioa udal administrazioak (administrazio eskuduna baita hirigintzako legezkotasuna betetzen dela zaintzeko) jabeen erkidegoan burututako jardunarekin lotzen da: jarduketa pribatu bat egin aurretik jabe-erkidegoak baimena eskatu behar izan du [TAOLren 84. artikuluaren 1.b) eta 2. paragrafoak], eta horrek prozedura bat izapidetzea ekarri du, ezarritako arauekin bat (APELren 34.1 artikulua).

Zuhaitzak moztu nahi direnean udalak eremu pribatuan esku-hartzeari dagokionez, interesgarria da Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiaren 2014ko apirilaren 16ko epaia aipatzea (JUR 2014\138190). Epai hori Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzien Salak berretsi du (abenduaren 11ko 1920/2017 Epaia, RJ 2017\5933): "bestalde, obrako teknikarien txostenetatik ez da ondorioztatzen besterik gabe zuhaitza kentzea premiazko kontua denik eta nahitaez egin behar denik; etxebizitzetarako arriskua sor daitekeela pentsatzen bada, era fidagarrian egiaztatu ez bada ere, ez da aitzakia udal baimena ez emateko (…)".

Bukatzeko, Batzordearen iritziz, zuhaitza moztea baimentzeko ezarritako prozedura izapidetzean ez da egon udal administrazioaren funtzionamendu anormalaren ondoriozko eta justifikatu gabeko atzerapenik, erreklamatzen diren kalteak eragin dituen gertaerarekin kausazko lotura duenik.

Ondorioz, ez dugu uste udalari egotzi behar zaionik zuhaitza erortzearen ondoriozko ondare-erantzukizuna, erakunde aseguratzaileak, gertaeren atzera begirako azterketa eginez, erreklamatzen duena.

119/2018 ABJI, par.: 53.etik 83.era

Bigarrenik, era berean, *in limine* ikusten da **erreklamaziogileak espedientean gezurtatzen den egitate bat hartzen duela abiapuntu: udalak ez zuen horma eraikitzeko baimenik edo lizentziarik eman.**

Gertaeren azalpenetik ondorioztatzen denez, erreklamaziogilea lizentzia eskatzera udalera joan zenean, horma dagoeneko eraikita zegoen; udalak inoiz ez zuen obra hori legeztatzeko baimenik eman.

Horrela bakarrik uler daiteke zergatik erreklamaziogileak nahi zuen udalak onartzea horma otsailaren 3ko 27/2012 Dekretuaren bidez emandako lizentzian jasota zegoela, espresuki ukatu zen ziurtagiri argigarriaren eskaera batean.

Helarazitako espedientetik ondorioztatzen da **emandako lizentzia bodega eta etxebizitza birgaitzeko bakarrik zela, eta, lizentzia lortzeko, inola ere ez zen aurkeztu euste horma eraikitzeko asmoa jasotzen zuen egikaritze-proiekturik**; egitateen arabera, horma geroago eraiki zen.

Laburbilduz, espedientetik ondorioztatzen da horma dagokion lizentziarik gabe eraiki zela eta soilik *a posteriori*, obra egin ondoren eta legeztatzeko arazoak hasi zirenean, erreklamaziogileak eskatu zion udalari aintzat har zezan otsailaren 3ko 27/2012 Dekretuaren bidez bodega eta etxebizitza birgaitzeko emandako lizentzia nolabait zabaltzeko aukera.

Horrenbestez, **erreklamaziogileak ez zuen euste-horma eraikitzea burutzeko lizentziarik eskuratu; beraz, udalak lizentzia eman ez duenez, ez da beharrezkoa bere erantzukizuna onartzea.**

Hala ere, **erreklamazioak** sortzen dituen galdera guztiei erantzuteko, ohartarazi behar da **erreklamazioaren arabera obrak udalaren isileko baimen bat zuela, udalarekin izandako elkarrizketan jasotakoa, eta ondorioz erreklamaziogileak zuzen jokatzen zuela sinesten zuela.**

Horretarako, alkateak eta udaleko arkitektoak Gasteizko Lehen Auzialdiko 3. zenbakiko Epaitegian izandako ahozko epaiketan (1004/2016-C) emandako lekukotzaren grabazioa erantsi da.

Egia da lekukotza horietan onartzen dela katastroaren arabera lurra titulartasun publikokoa zela; halaber, onartzen da erreklamaziogileak horma bere kontura eraikiko zuela proposa-

tu zitzaiola udalari, eta hori, une hartan fondo publikorik ez zegoenez, alkateari ondo iruditu zitzaion, tokia txukuntzeko.

Ildo horretan, erreklamaziogileak aurkeztutako eskaera jasota dago, eta horren eduki zehatza egitateetan transkribatu dugu.

Zirkunstantzia horiek, erreklamazioaren tesian, nahikoak izango lirateke horma eraiki izanaren erantzukizuna udal administrazioari egozteko. Hala ere, tesi hori ez dator bat ondare-erantzukizunaren lege-araubidearekin.

Lehenik, horma eraikitzea erreklamaziogilearen ekimena izan zela (bere interesekoa baitzen), eta egikaritze-proiekturik aurkeztu gabe eta aurretiko lizentzia eskatu gabe burutu zela egiaztatu da (guztia obra amaitu ondoren aurkeztu zen).

Bidezko konfiantza delakoa oinarri hartuta ondare-erantzukizuna onartu ahal izateko (erreklamaziogileak hura aipatu gabe proposatzen duen moduan), doktrinak eta jurisprudentziak ondorio horietarako ezarri dituzten baldintzak bete behar dira.

Pertsona baten jokabidea babestea merezi duen bidezko konfiantzan oinarrituta dagoela esan ahal izateko, Auzitegi Gorenak hainbatetan adierazi duenez (besteak beste, 1990eko ekainaren 8ko epaia, 2006ko otsailaren 21ekoa, 2011ko ekainaren 8koa), **ez da nahikoa pertsona pribatuaren edozein uste psikologikoa eta subjektiboa. "Bidezko konfiantza" horrek Administrazioaren kanpoko zeinu edo egintza aski biribilak izan behar ditu oinarritzat, herritarrari arrazoizko konfiantza ematen diotenak administrazio-jarduketa jakin baten "legezkotasun-itxuran" eta jende- eta ekonomia-baliabideetan egintza eta inbertsio jakin batzuk egitera bultzatzen dutenak**, nahiz eta bat ez etorri Administrazioak gero benetan gauzatzen dituen egintzekin, are gehiago "legezkotasun-itxura" horrek, interesduna nahastarazi zuenak, praktikan, kalteak edo galerak ekarri zizkionean, interesdunak haiek jasateko legezko betebeharrik ez duen arren.

Hortaz, kasuaren zirkunstantzia zehatzak arreta handiz aztertu behar dira, eta irizpena eman dugun kasuan, hain zuzen, nekez esan daiteke erreklamaziogileak ez zekiela hirigintzako lizentziak ez direla ahoz eskuratzen, egikaritze-proiektu bat aurkeztu gabe; proiektua teknikariek aztertu behar dute eta udalak horri buruzko ebazpena eman behar du, bodega eta etxebizitza birgaitzeko obren kasuan bezala (horietan, bestalde, beste proiektu ikus-onetsi bat aurkeztu behar izan zen, hasieran aurreikusita ez zegoen estalkipeko solairua legeztatu ahal izateko).

Era berean, erreklamaziogileak bazekien lizentziaren babespean baimendutakoa bakarrik eraiki ahal zuela (hala ezartzen baitzuen espresuki lizentziaren 10. baldintzak), eta horma inoiz ez zen bertan agertu. Eta, era berean, bazekien lizentzia guztiak hirugarrenen eskubidea galarazi gabe ematen direla.

Horiek horrela, alkateak lursaila —katastroaren arabera— publikoa zela esan ahal izan zuen, eta horma eraikitzearen aldeko iritzia eman, baina horrek ez dio garrantzia kentzen obra batzuk lizentziarik gabe egin izanaren legezkotasunik ezari. Era berean, ezin da banalizatu —hemen

garrantzitsua baita— ezinezkoa dela pentsatzea erreklamaziogileak ez zekiela bere jarduna irregularra zenik (lursaila publikoa ala pribatua izan alde batera utzita).

Laburbilduz, erreklamazioa adierazi bezala, gertatu ez zen egitate bat hartzen du abiapuntu: inoiz ez zen eman horma eraikitzeko lizentziarik.

Alkateak ahoz aldeko iritzia eman izana, hirigintzako lizentzien lege-araubidea eta erreklamaziogilearen egintzak kontuan hartuta, ezin da jo erreklamaziogileak zuzen jokatzen zuelako uste arrazoitua eta oinarriak dituena ontzat hartzea ahalbidetzen duen administrazioaren jarduntzat.

Batzordearen iritziz, kasuaren zirkunstantziak aztertuta, ez dago nahikoa erabakigarria den zantzurik edo udal administrazioaren kanpoko egitaterik erreklamaziogilea (psikologikoki) ziur egoteko horma eraiki zuen moduan eraiki ahal izan zuela eta hori bidezko konfiantzaren printzipioak babestuko zuela. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziaren arabera [besteak beste, 2011ko martxoaren 17ko epaia (C-221/2009 auzia), 2013ko martxoaren 14koa (C-545/2011 auzia) edo 2013ko ekainaren 18koa (C-681/2011 auzia)], printzipio horrek esan nahi du "inork ezin duela bidezko konfiantzaren printzipioa urratzea argudio gisa erabili, administrazio eskudunak berme zehatzak eman ez badizkio".

Azaldutakoa dela eta, Batzordearen iritziz, erreklamaziogilearen jarrera bidezko konfiantzaren printzipioak babesten duela esateko baldintzak ez dira betetzen.

140/2018 ABJI, par.: 49.etik 69.era

8. kapitulua. OFIZIOZKO BERRIKUSPENA

I. Deuseztasun-arrazoien azterketa

A) Konstituzioak babesten dituen eskubide eta askatasunak kaltetzen dituzten egintzen erabateko deuseztasuna

Interesdunak lanpostu berriaz jabetu aurreko egunean Administrazioari bidali zion 2017ko uztailaren 20ko idazkian jasotakoa ikusita ("… (...) Foru Aldundiko karrerako funtzionarioaren lanpostuaz jabetuko naizenez, nire azken lan-eguna Eusko Jaurlaritzan"), bi gauza argitu behar dira.

Lehenik, argi dago lanpostu berria hartuko duela; lanean "bitarteko funtzionario gisa" arituko dela azken eguna denik esaten ez badu ere, horrela dela ondoriozta daiteke, harreman juridiko horren bidez ematen baititu zerbitzuak.

Bigarrenik, formalki ez du esaten izaera horri "uko egiten" dionik, baina ez dago zalantzarik "daukan edo eduki dezakeen gauza bat bere borondatez utzi, dimititu edo baztertu egiten duela" (Espainiako Errege Akademia).

Auzitegi Gorenaren Lehenengo Salaren jurisprudentziari jarraikiz —besteak beste, 2001eko urriaren 30ekoa (RJ 2001/8139) eta 1989ko maiatzaren 5ekoa (RJ 1989/3588)—, uko egitea zerbait hartzeko edo ez hartzeko (kasuaren arabera) borondatearen aitorpena da, onura, gauza, eskubide, itxarokizun edo egoera juridikoa bertan behera uzteko asmoa adierazteko. Eskubide baten titularrak egiten duen borondatearen adierazpena da, titularrak eskubide hori beste pertsona bati eskualdatu gabe utzi egiten duenean. Era berean, kontuan izan behar da uko egiteak argia, erabatekoa eta ezbairik gabea izan behar badu ere, ordenamendu juridikoak, hain zuzen, hura arautzen duen Kode Zibilaren 6.2 artikuluak, ez dio ukoari berariazko formarik esleitzen, beraz, isilpekoa edo inplizitua izan daiteke.

Auzitegi Gorenaren Hirugarren Salaren 1994ko irailaren 26ko epaiak (RJ 1994/7109), funtzionario batek uko egiteari buruzkoak, hartze-borondatearen aitorpena dela, eta, eraginkorra izateko, onartzea eskatzen duela dio.

Uko egitea eraginkor bihurtzen duen onarpen formal horri buruzko urriaren 30eko 5/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartu zen Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuari buruzko Legearen testu bateginaren (EPOELTB) 64.1 artikuluan dago, baita Euskal Funtzio Publikoari buruzko uztailaren 6ko 6/1989 Legearen (EFPL) 37.1 a) artikuluan ere.

Beraz, **uko egitea**, **norberaren borondatezko ekintza da, normalean idatzizko forma duena, eta Administrazioaren onarpen formala jaso behar duena, eraginkorra izateko**; izan ere, formalki onartu arte, interesdunak bere ukoa ondoriorik gabe utz dezake. Badaude zentzu hori duten hainbat erabaki judizial, besteak beste, Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiaren 2006ko abenduaren 20ko epaia (JUR 2007, 222124).

Kasu honetan, interesdunak modu argian, erabakigarrian eta zalantzarik gabe adierazi du zein izango den azken lan-eguna. Adierazpena berrikusi nahi den ebazpenaren bidez onartu egin da, eta ebazpenak "Administrazioarekiko zerbitzu-harremanari borondatez uko egitetzat" eman duenez, ukoa eraginkor bihurtu da.

Interesdunak argudiatzen du bere asmoa ez zela "Eusko Jaurlaritzan zerbitzuak berriz ematen hasteari erabat uko egiten diola adieraztea, baizik eta lanpostu zehatz bati uko egitea (zerbitzuak arlo publikoan emateko eszedentziaren kasuan bezala), aipatu arlo publikoan zerbitzuak emateari utzi eta gero lanpostura itzultzeko eskatzeko aukerarekin (kasu honetan, lan-poltsan geratzeko, lanean hasteko prest dagoela adierazita)".

Hala ere, argitu behar da **lan-poltsatik behin betiko ezabatzeak ez duela esan nahi ezingo duenik Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrean zerbitzuak berriz eman; egia esateko, ez dago eragozpenik karrerako funtzionario gisa egin dezan (hautaketa-prozesua gainduz gero).**

Halaber, ez du esan nahi ezin dutenik berriz bitarteko funtzionario izendatu, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrean eta bere erakunde autonomiadunetan aldi baterako zerbitzuak emateko langileak hautatzeari buruzko Akordioak, Gobernu Kontseiluak 2006ko maiatzaren 30ean onartuak, **aldatu egin daiteke eta**; horregatik, 5. artikuluan xedatzen du ez duela inongo eskubiderik, ezta eskubide-itxaropenik ere sortuko; bestalde, 4. artikuluak lan-poltsak eratzeko hainbat bide jasotzen ditu, eta IV. kapituluak lan-poltsak handitzeko irizpideak ezartzen ditu.

Jakina, interesdunaren idazkiak ez du aipatzen arrazoi horregatik "zerbitzuak sektore publikoan emateagatik borondatezko eszedentzia-egoeran" dagoela deklaratu behar dutenik, edo lan-poltsan berriz gehitu behar dutenik, "aldi baterako bajan dagoela adierazita", eta ez du antzeko eskaerarik aurkeztu.

Are gehiago, **lan-poltsatik behin betiko ezabatu zutenean, ez zuen errekurtsorik aurkeztu, eta ondorioz, erabakia irmo bihurtu zen eta baimendutzat jo zen**; izan ere, arrazoiz, Administrazioak, interesdunaren jokabidea ikusita, zilegi ulertu ahal izan zuen ez zegoela bere jardunari buruzko esatekorik. Orain jartzen du zalantzan egintzaren edukia ofiziozko berrikuspenaren aparteko bidean.

Puntu honetan, eztabaida liteke, zalantzarik gabe, ukoa baliozkoa eta loteslea izateko baldintza guztiak bete ziren ala ez, interesdunaren benetako borondatea zein zen, eta ebazpenean zalantzan jarri nahi den beste edozein kontu, abiapuntu hartutako egitateari (uko egiteari) dagokionez. Hala ere, eztabaida horiek ez dute gainditzen ohiko legezkotasunaren muga —hots, deuseztagarritasun muga—, edo behintzat, ez dugu arrazoirik ikusten egintzaren balizko arauhausteak —ofizioz berrikustea ahalbidetzen dutenak— APELren 47.1 artikuluan jasota dauden erabateko deuseztasuna erabakitzeko kausetako batean sartzeko.

Ondorioz, zuzenean baztertuko litzateke lortu nahi den erabateko deuseztasuna, ez baitago oztoporik bitarteko funtzionario batek izaera horri uko egiteko, argi baitago ezin dela inor be-

hartu, bere borondatearen aurka, lan-poltsetan egoten jarraitzera (lanean, lan egiteko prest edo aldi baterako bajan).

E) Azaldutako deuseztasunaren kausa

Interesdunaren eskaerari erantzun sakona emateko asmoz, hainbat arrazoi azalduko ditugu, oinarrizko eskubide bat ez dela kaltetu esateko, beharrezko kautela-neurriak hartuta.

Interesdunaren uzia —deuseztasunari buruzkoa—, esan bezala, APELren 47.1 a) artikuluan oinarritzen da. Urratutako eskubide konstituzionalak, EKren 14. eta 23.2 artikuluetan jasotakoak dira.

Interesdunak adierazi duenez, batetik, **funtzio eta kargu publikoetara berdintasunean iristeko oinarrizko eskubidea urratu da, EKren 23.2 artikuluan ezarritakoa, 17 urte baino gehiago igaro baitira funtzionarioen kidegoan sartzeko hautaketa-prozesurako azken deialdia egin zenetik. Gainera, justifikaziorik gabeko diskriminazioa salatu du (adinagatik), funtzio publikora iristeko orduan, Goi Mailako Teknikarien Kidegoan (... lizentziatuen aukeran) ez baitago 45 urtetik beherako funtzionariorik**. Berak 42 urte ditu.

Bestaldetik, **diskriminaziozko tratua jasan duela dio, beharrezkoa baita "karrerako funtzionarioen eta bitarteko funtzionarioen lan-baldintzak arautzen dituzten arau juridikoak Konstituzioaren 14. artikuluan jasotako trataera berdinaren eta diskriminaziorik ezaren printzipioarekin bat interpretatzea, alde batera utzi gabe 1999/70/EE Zuzentaraua eta horren aplikazioaren inguruan emandako jurisprudentzia ugari, baita Europar Batasunaren Zuzenbidean jasotako diskriminaziorik ezaren printzipioa ere".**

Karrerako funtzionario batek, **beste administrazio batean edo arlo publikoko erakundeetan zerbitzuak emateko proposamena onartzen duenean, jarraitzen du karrerako funtzionarioa izaten. Bere administrazio-egoerari dagokionez, eszedentzian dagoela deklaratzen da**, zerbitzuak arlo publikoan ematen dituelako; egoera horrek lanpostua gordetzeko aukerarik ematen ez badu ere, zerbitzu horiek emateari utzi eta gero, funtzionarioak bere kidegoko edo eskalako lanpostu batera itzultzeko eskaera aurkez dezake.

Ildo horretan, **tratu berdina eman behar zaie bitarteko funtzionarioei** edo, zehatzago esanda, "guztiz onargarria da antzeko egoera batean antzeko moduan jokatzea".

Izan ere, egitatezko baldintza bera da (beste administrazio batean edo sektore publikoko erakunde batean zerbitzuak ematen hastea), baina ondorio juridikoak oso bestelakoak dira: bitarteko funtzionarioaren izaera galdu egiten dute, lan-poltsatik ezabatzen dira, eta ukatu egiten zaie itzultzeko eskubidea. **Bere iritziz, "bitarteko langileek lan-poltsan jarraitu eta aldi baterako bajan geratu beharko lukete**, hala xedatzen baitu lan-poltsak arautzen dituen araudiak, eta gainera, egoera hori karrerako funtzionario batek zerbitzuak sektore publikoan eman ostean hartzen duen eszedentziaren baliokidea da (funtzionarioak itzultzeko eskubidea gordetzen du)".

Hori dela eta, Goi Mailako Teknikarien Kidegoaren (... lizentziatuen aukeran) lan-poltsatik behin betiko kentzeko ebazpena erabat deuseztatzeko eskatzen du, eta bertan geratzeko eskubidea duela onartzeko, "aldi baterako baja" egoeran.

Egin nahi den berrikuspenari heltzeko, **hasteko, interesdunak azaldutako arrazoiak ikusita, baztertu behar dugu egintzak urratu duela funtzio publikora sartzean bete beharreko berdintasun-printzipioa, EKren 23.2 artikuluan ezarritakoa**.

Printzipioz, egintzaren edukia ikusita, **nekez urratu ahal izan du aipatu oinarrizko eskubidea, ez baitu ezer erabaki hautaketa-prozesu baterako deialdiaren bidezkotasunari buruz**, PQP andreak nahi duena bada; **ez da funtzio publikoan sartzeko prozesu baten zati, eta ez ditu horren arau edo oinarriak aplikatzen.**

Nahikoa da gogoraraztea, Konstituzio Auzitegiaren doktrinari jarraikiz, EKren 23.2 artikuluak ez duela inolako eskubiderik ematen funtzio jakin batzuk egiteko, ezta funtzio horietarako izangai proposatzeko eskubiderik ere; izan ere, herritarrei berdintasuneko egoera juridikoa bermatzen die funtzio publikoen sarbidean. Ondorioz, ezinezkoa da horietara sarbidea izateko baldintzak ezartzeko ezintasuna (diskriminazioa tartean dagoenean), eta erreakzio hutserako eskubidea ematen die ohiko justiziaren aurka egiteko, eta, azken alderdi gisa, Auzitegi Konstituzional honen aurrean (apirilaren 23ko 50/1986 KAE, 4. oinarria; azaroaren 25eko 148/1986 KAE, 9. oinarria; abenduaren 9ko 193/1987 KAE, 5. oinarria; maiatzaren 13ko 200/1991 KAE, 2. oinarria; urriaren 18ko 293/1993 KAE, 4. oinarria; azaroaren 29ko 353/1993 KAE, 6. oinarria).

Argi dago **egintzak ez duela funtzio publikoan sartzeko adin mugarik ezartzen, inola ere ez baitu zehazten zer merezimendu eta gaitasun hartuko diren aintzat**.

Berriro ere, ez gaude funtzio publikorako sarbidea arautzen duen araudi edo egintza baten aurrean; Goi Mailako Teknikarien Kidegoko (... lizentziatuen aukera) karrerako funtzionarioen adinari buruzko datu hutsetik ezin da ondorioztatu adin mugak ezarri direnik, edo pertsonak benetan adinaren arabera onartu direnik.

Laburbilduz, gure azterketan, EKren 14. artikulua hausteari buruzko arrazoian jarri behar dugu arreta; interesdunaren arabera, desberdin tratatzen dira karrerako funtzionarioak eta bitarteko funtzionarioak. Kontua aztertzerakoan, ezin dugu ahaztu zuhurtziaz epaitu behar dela, egintza deuseztatzeko eskatu duen interesdunak hautatutako berrikuspen-bidearen berezkoa den moduan.

Halaber, esan behar da epaiketa hori eskaerak baldintzatuko duela; izan ere, prozedura bat aldeak eskaturik hasten denean, berari dagokio egintza zehaztea, baita bertan egon daitezkeen deuseztasun-akatsak ere.

F) Karrerako funtzionarioen eta bitarteko funtzionarioen tratu desberdina

Egintza deuseztatzeko eskaera, nagusiki, **Europar Batasuneko Justizia Auzitegi Nagusiak Kontseiluaren 1999ko ekainaren 28ko 1999/70/EE Zuzentarauaren (EGAB, UNICE eta**

CEEP erakundeen Esparru Akordioari buruz) 4.1 klausularen inguruan egiten duen interpretazioan oinarritzen da. Klausula iraupen jakineko lanari buruzko da.

Honako hau dio klausulak:

> Lan-baldintzei dagokienez, iraupen mugatuko kontratua duten langileek ezingo dute langile finko baliokideek baino tratu txarragoa jaso iraupen mugatuko kontratua izate hutsagatik, tratu-desberdintasuna justifikatzeko arrazoi objektiborik ez badago.

Jakina denez, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak (EBJA) ulertu du bitarteko funtzionarioak zuzentarauaren aplikazio-eremuan sartuta daudela, eta karrerako funtzionarioren egoerarekin pareka daitezkeela onartu du.

Ildo horretan, zuzena da interesdunak egindako aipamena: 2010eko abenduaren 22ko epaia, EBJArena, auzia: Gavieiro Gavieiro eta beste batzuk (EEJA 2010/414); 2011ko irailaren 8koa, auzia: Rosado Santana (EEJA 2011/255); 2016ko irailaren 14koa, auzia: Martínez Andrés (EEJA 2016/110), eta 2017ko otsailaren 1ekoa, auzia: Rodrigo Sanz (EEJA 2017/35).

Alabaina, Espainiako epaileek planteatutako epaitu aurreko arazoei erantzunez emandako epaiek, hirurtekoak, seiurtekoak, lanaldia murriztea eta abarreko kontuei loturiko tratu-desberdintasunen ondoriozko gatazkak ebaztekoek, ez dute ezer esaten hizpide dugun gaiari buruz; hots, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ez du borondatezko eszedentzia hartzeko eskubideari buruzko benetako interpretaziorik eman. Eskubidea sektore publikoan zerbitzuak ematearen ondorioz sortzen da.

Interesdunak antza handiago duen beste kontu bat ekarri du gogora, Auzitegiko abokatu nagusiaren ondorioekin batera; aipatu kasua zerbitzu bereziei loturikoa bezalako administrazio-egoerarako eskubidea onartzeari buruzkoa da. Dagoeneko eman da EBJAren 2017ko abenduaren 20ko epaia "Vega González" auzian (EEJA 2017/257).

Bitarteko funtzionarioen egoera antzekoa denez, egiaztatu behar da, EBJAk dioenez, tratu-desberdintasuna "'arrazoi objektiboekin' justifika daitekeen, Esparru Akordioaren 4. klausularen 1. apartatuaren zentzuan, hau da, ea ikus daitezkeen lan-baldintzaren ezaugarri diren elementu zehatzak, dagokion testuinguru berezian, eta irizpide objektibo eta gardenei jarraikiz, desberdintasun horrek benetako premia bati erantzuten dion, lortu nahi den helburua betetzea ahalbidetzen duen eta horretarako beharrezkoa den egiaztatze aldera (ildo horretan, ikus 2016ko irailaren 14ko epaia, EEJA 2016, 111, 'De Diego Porras' auzia, C-596/14, EU:C:2016:683, 45. apartatua eta aipatutako jurisprudentzia)".

Kasuari dagokionez, aipamen luzea izan arren, komenigarri deritzogu, 47.etik 51.era bitarteko paragrafoak kopiatzeari:

> 47. Horri dagokionez, Justizia Auzitegiak zehaztu du, batetik, "arrazoi objektiboen" kontzeptuak, Esparru Akordioaren 4. klausularen 1. apartatuaren esanahian, ez duela biderik ematen iraupen mugatuko kontratua duten langileen eta langile finkoen tratu-desberdintasuna estatu mailako araudi orokor eta abstraktu batean ezarrita egotea aipatuz

justifikatzeko (2016ko irailaren 14ko epaia, EEJA 2016, 111), “De Diego Porras” auzia, C-596/14, EU:C:2016:683, 46. apartatua).

48. Bestetik, Justizia Auzitegiaren jurisprudentziatik ondorioztatzen da lan-harremana aldi baterakoa izatea aipatzea ez datorrela bat baldintza horiekin, hortaz, ezin dela “arrazoi objektibotzat” hartu, Esparru Akordioaren 4. klausularen 1. apartatuaren adieran (2016ko irailaren 14ko epaia, EEJA 2016, 111), “De Diego Porras” auzia, C-596/14, EU:C:2016:683, 47. apartatua eta aipatutako jurisprudentzia).

49. Autoen kasuan, kasua bideratu duen epaitegiak ez du baztertzen bai aldi baterako izendapenaren urgentzia eta beharra, bai zerbitzu-harremana bukatzearen aurreikusgarritasuna, printzipioz, jo daitezkeela zerbitzu berezien egoera onartzean desberdin tratatzea justifikatzen duten elementu zehatz eta konkretutzat; hala ere, epaitegi berak argitzen duenez, alegazio horiek ezin dira aintzat hartu auzi nagusia eragin zuena bezalako egoera batean: aldi baterako langile berak lanpostua lau urte baino denbora luzeagoz bete duenean.

50. Nolanahi ere, iraupen mugatuko kontratua duten langileei zerbitzu berezien izaera aitortzeko eskubidea erabat ukatzea a priori ez dirudi ezinbestekoa 3/1985 Legearen bidez lortu nahi den helburua betetzeko (LPAS 1985, 3494); jakiteko, helburua hauxe da: langile finkoen lanpostuari eta lanbide-sustapena izateko eskubideari eustea, bereziki, kargu politiko esanguratsuak betetzen dituzten karrerako funtzionarioen kasuan (epaitegiak berak dio oso ulergarria dela iraupen mugatuko kontratua duten eta kargu berbera betetzen duten langileek eskubide bera izatea); eskubideak eten egiten du zerbitzu-harremana agintaldia amaitu arte, eta orduan, beren lanpostura itzultzeko aukera bermatuko zaie, baldin eta bitartean lanpostua amortizatu ez bada eta karrerako funtzionario batek hartu ez badu.

51. Aurreko gogoetak ikusita, epaitu aurreko bigarren arazoari erantzun behar zaio. Kontua da Esparru Akordioaren 4. klausula interpretatu behar dela, estatu mailako araudi bati —auzi nagusian eztabaidatzen dena bezalakoari— aurre egiten baitio; araudi horrek erabat baztertzen du iraupen mugatuko kontratua duen eta kargu politiko esanguratsu bat beteko duen langile bati baimena emateko aukera. Baimen horrekin, lan-harremana langileak aipatu kargua utzi eta bere lanpostura itzuli arte etenda egongo litzateke. Aldi berean, langile finkoei onartu egiten zaie eskubide hori.

Halaber, epaian jasotako deklarazioa aipatu behar dugu:

1. 1999ko martxoaren 18an sinatu zen Esparru Akordioaren 4. klausulako 1 apartatua, iraupen jakineko lanari buruzkoa (Kontseiluaren 1999ko ekainaren 28ko 1999/70/CE Zuzentaraua, EGAB, UNICE eta CEEP erakundeen iraupen jakineko lanari buruzko Esparru Akordioari buruzkoa, hain zuzen, zuzentarauaren eranskina, LCEur 1999, 1692) honela interpretatu behar da: xedapen horrek jasotzen duen “lan-baldintzen” kontzeptuak barnean hartzen du legebiltzarraren agintaldia betetzeko hautatua izan den langilearen eskubidea —baimen berezia izateko—. Estatu mailako araudian xedatu den eskubide horren arabera, lan-harremana eten egiten da, eta langileari bere lanpostua gordetzeko eta

karreran aurrera egiteko eskubidea bermatzen zaio, legebiltzarraren agintaldia amaitu arte.

2. Iraupen jakineko lanari buruzko Esparru Akordioaren 4. klausula (Esparru Akordioa 1999/70 Zuzentarauaren eranskinean dago, LCEur 1999, 1692) interpretatu behar da, estatu mailako araudi bati —auzi nagusian eztabaidatzen dena bezalakoari— aurre egiten baitio; araudi horrek erabat baztertzen du iraupen mugatuko kontratua duen eta kargu politiko esanguratsu bat beteko duen langile bati baimena emateko aukera. Baimen horrekin, lan-harremana langileak aipatu kargua utzi eta bere lanpostura itzuli arte etenda egongo litzateke. Aldi berean, langile finkoei onartu egiten zaie eskubide hori.

Horiek horrela, gure ustez, erabaki horretatik ezin da ondorioztatu planteatutako kontua ebatzita dagoenik. Izan ere, aurrerago xehetasunez ikusiko dugun moduan, egoera bietan funtsezko aldeak antzeman daitezke. Ondorioz, bai aldi baterako izendapenaren urgentzia eta beharra, bai zerbitzu-harremana bukatzearen aurreikusgarritasuna jo daitezkeela zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentziaren egoera onartzeko orduan desberdin tratatzea justifikatzen duten "elementu zehatz eta konkretutzat".

Hitz batez, ez dago "egintza argiaren" doktrina aplikatzea eskatzen duen berdintasunik ("Cilfit" gaiari buruzko 1982ko urriaren 6ko epaiaren terminologian), eta, zalantzak badaude, EBJAn epaitu aurreko arazo bat planteatzea da horiek argitzeko bide bakarra. Izan ere, auzia azkenean administrazioarekiko auzien jurisdikziora bideratzen bada, epaia eman behar duen epaileak edo auzitegiak beharrezkotzat jotzen badu, baliteke eta, "arrazoizko exegesi baten ondorioz", eztabaidatzen den tratu-desberdintasuna ez dela Batasunaren zuzenbidearen kontrakoa ulertzea.

Azterketa horretan komeni da gogoraraztea **Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak ez duela nahi izan —Konstituzioari dagokionez— berdintasunaren printzipioa hausterik ikusi, karrerako funtzionarioen eskubideak bitarteko funtzionarioei aplikatzen zaizkiela egiaztatuta ere.**

Ezezko hori doktrina finkatuan oinarritzen da, urtarrilaren 16ko 9/1995 KAEk gogorarazten duen moduan:

7/1984 KAEtik aurrera, Auzitegi honek irizten du egituren arteko berdintasuna edo berdintasunik eza, funtzionarioen egoeretan bezala, kontuan hartuta egoera horiek —benetako oinarri soziologikoa alde batera utzita— Zuzenbideak sortu dituela, Zuzenbideak jasotzen duen definizioaren ondorio dira; bestela esanda, egoera horiek eraketa juridikoaren araberakoak dira, eta eraketa hori hainbat faktorek muga dezakete. Hori dela eta, berdintasun-printzipioari jarraikiz, ez da legezkoa araudi juridikoek parekatu ez dituzten egoerak parekatzen saiatzea.

Karrerako funtzionarioen eta bitarteko langileen arteko desberdintasunei dagokienez, honako hau gaineratu da (martxoaren 12ko 63/1996 Autoa, maiatzaren 9ko 183/2005 Autoa eta apirilaren 14ko 112/2008 Autoa): "Konstituzioan oinarrituta, ezin da ondorioztatu araudian gertatzen den

tratu desberdina ─eztabaidatzen ari dena─ gaitzetsi behar denik, funtzionario kategoria horiek egitura desberdinekin eratu baitira, ezaugarri propioak dituzte, sarbide-sistema desberdinak eta eduki desberdina duen funtzionario-harremana edo estatutu-harremana; desberdintze-irizpide horiek guztiak objektiboak eta orokorrak dira, eta legearen arabera legegileak aintzat har ditzake funtzionario kategoria bakoitzari dagozkion ordainsariak ezartzeko".

Luzaroko bitarteko funtzionarioen kasuan bakarrik, kasuaren zirkunstantziak direla eta, eta tratu desberdinari Konstituzioan ematen zaio garrantzia, 240/1999 KAEk, abenduaren 20koak, seme-alaba adingabeak zaintzeko borondatezko eszedentziarako eskubidea zabaltzea bultzatu zuen. Eskubide horrek gurasoen betebehar konstituzionala ─seme-alabei, adingabe diren bitartean, era guztietako laguntza emateko (EKren 39.3 artikulua)─, eta botere publikoek familiaren babes soziala segurtatzen dutela ezartzen duen gizarte-politikaren printzipio gidaria (EKren 39.1 artikulua) benetan gauzatzen laguntzeko premiari erantzuten dio.

Alabaina, saihestezina denez, **EBJAren jurisprudentzia azkenean doktrinan sartuko da, era zuzenean edo ez-zuzenean.**

Bitarteko funtzionarioen kasuan, modu ez-zuzenean gertatu da, adibidez, azaroaren 5eko 232/2015 KAEn; bertan ebatzi zen EKren 24. artikulua hautsi zela, 1999/70/EE Zuzentarauaren 4.1 klausula ez baitzen EBJAk beste kasu berdintsu batean (seiurtekoak onartzea) interpretatu zuen moduan aplikatu, lehentasunez, barne-zuzenbide bateraezinaren gainean.

Berdin gertatu da lanaldi-murrizketari buruzko kasu batean, orain dela gutxi emandako 22/2018 KAEn, martxoaren 5ekoan; ikuspegi metodologiko desberdina erabili arren, jarduketak atzera eraman ziren EKren 24. artikuluan jasotako oinarrizko eskubidea hautsi zen unera arte bakarrik; hala salatu dute boto partikularra sinatzen duten magistratuek.

Administrazioaren zerbitzura diharduten eta aldi baterako lan-hitzarmena eta lan-hitzarmen finkoa duten langileen arteko desberdintasunen kasuan, zuzenagoa izan da; apirilaren 14ko 71/2016 KAEk eta abenduaren 18ko 149/2017 KAEk zalantzarik gabe aplikatu dute EBJAren doktrina, eta horietako lehenengoak auzitegiaren doktrinaren parekoa dela deklaratu du, EKren 14. artikuluari dagokionez.

71/2016 KAEk (lanaldi-murrizketa) deklaratu du legeak ematen duen justifikazioa (gastu publikoari eustea eta enplegu publikoa mantentzea bezalako arrazoiak) ezin duela harrera onik izan tratu desberdina aplikatzeko.

149/2017 KAEren arabera (bi langilek lanpostuak trukatzea), Administrazioak trukea onartu ez zuenean, berdintasun-eskubidea urratu zuen. Langileek lanpostuak trukatu nahi izan zituzten (hutsik jarraituko lirateke, erregelamenduaren bidez bete arte edo iraungi arte), kontratuen sailkapen juridikoan inolako aldaketarik egin gabe. Ez zen aintzat hartu trukeak eragindako langileen lanbidea eta familiako bizitza bateratzeko zuen garrantzia (EKren 39.3 artikuluari loturik).

71/2016 KAEn jasotako ideia aipatzea komeni da, interesgarria delako:

> berdintasun-printzipioaren urraketa ikusteko, ez da nahikoa langile mota bi horien artean tratu-desberdintasuna egotea, baizik eta, esan bezala, horrez gain, ezin da bereizketa hori arrazoizkotzat jotzea ahalbidetzen duen kausa objektiborik egon. Kausa objektiborik dagoen ikusteko, esan bezala, honako premisa hau hartu behar da abiapuntu: bai auzitegi honen jurisprudentziak, bai Europar Batasuneko Justizia Auzitegiarenak onartu dutela berdintasunezko irizpidea aldi baterako langileen eta langile finkoen artean, eta iraupena ez dela salbuespenak sortzeko arrazoia. Hori dela eta, langile horiei tratu desberdina ematen bazaie, berdintasunezko irizpide horrekin bat datorrela esan daiteke, baldin eta tratu desberdina langile horiek betetzen duten lanaren izaerarekin justifikatzen bada, edo aldi baterako langilea izatearen ondorioa bada; horrela gertatzen da, bereziki, tartean kontratu-harremana iraungitzea eragiten duten kausak direnetan.

Konstituzio Auzitegiaren iritziz, lan-harremanaren arabera lanaldi bat edo beste bat ezartzea ezin da justifikatu:

> izan ere, nahiz eta Administrazioarekin enplegu-harreman finko bat ─dela karrerako funtzionario gisa, dela langile lan-kontratudun finko gisa─ lortzeko merezimendua eta gaitasuna egiaztatzen duten hautaketa-prozesu batzuk gainditu behar diren eta nahiz eta hautaketa-prozesu horiek Administrazioarekiko aldi baterako lotura dutenek gainditu behar dituztenez bestelakoak diren, sartzeko modu diferente hori gorabehera kasu horretan ezin da ulertu justifikatuta dagoenik tratu-diferentzia hori. Administrazio publikoan aldi baterako sartzen direnek gainditzen dituzten hautaketa-prozesuak errazagoak izaten dira, langile finko gisa sartzen direnek gainditu behar dituztenekin alderatuta; hala ere, horrek ez du justifikatzen langile horiei buruz egin beharreko lanarekin lotutako datu objektiboetan justifikatzen ez diren neurriak edo lan-harremanaren aldi baterakotasunaren berezko neurriak hartzea.

Kasu honetan, garrantzitsua izango da argitzea, **Konstituzio Auzitegiak ezarritako konstituzionaltasun-erregelari jarraikiz, tratu desberdina bitarteko funtzionarioak izatearen ondorioa den, edo, hala bada, lan-harremana aldi baterakoa izateari lotuta dagoen, ala, alderantziz, ez den arrazoi objektiboa langileak desberdin tratatzeko.**

Azterketa horretan baliagarria izan daiteke administrazio-egoera bi hauek parekatzea: zerbitzu bereziak eta zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzia; bien arteko parekotasunak egon arren ─horietako garrantzitsuena da administrazio-egoera bi horietan langileak ez duela zerbitzurik ematen─, desberdintasun nabarmenak ere badaude, kausan, jakina, baina bereziki sortzen dituzten ondorioetan eta funtzionarioen eskubideetan.

Logikoa denez, legegileak kausa desberdina hartu du kontuan zerbitzu bereziak betetzen dituen karrerako funtzionarioa eta zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzian dagoena desberdin tratatzeko.

Azpimarratu behar da arlo publikoan zerbitzuak emateko borondatezko eszedentzia oso gutxitan eratzen dela, zerbitzu berezietara sartzeko mugak ezartzeko EPOELTBren 87.1 artikuluak eta EFPLren 64.1 artikuluak jasotzen dituzten hautapenezko kargu, jarduera edo lanpostuen multzoa hautatuta. Erabakigarria da “berezitzat” jotzen ez diren sektore publikoko jarduera eta

lanpostuak barnean hartzen dituela (berezitzat hartzeko arrazoiak askotarikoak izan daitezke, besteak beste: oinarrizko eskubide baten gauzatzeari lotuta egotea, organo edo funtzioaren garrantzia erakunde mailan, interes publikoari begira garrantzitsua izatea eta abar).

EPOELTBren 85.2.b) artikuluak ez du zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzia administrazio publiko guztietan aplikatzen den oinarrizko administrazio-egoeratzat jotzen, eta horren erregulazioa funtzio publikoari buruzko lege autonomikoen esku uzten du. EFPLren 61.1.a) artikuluak ere egoera hori mugatu egiten du, hain zuzen, honela definitzen du: "eta ez dagokie, lege honekin bat, beste egoera batean geratzea".

Ez da beharrezkoa egoera bien azterketa sakona orain egitea, baina komeni da gogoraraztea horien ildo nagusiak honako hauek ezarri zituztela: Funtzio Publikoaren Erreformarako Berehalako Neurriak hartzeko abuztuaren 2ko 30/1984 Legearen 29.2 artikuluak eta 29.3.a) artikuluak.

Zerbitzu berezietan egon daitezen funtzionarioei —egoera hori lehen aldiz Funtzio Publikoaren Erreformarako Berehalako Neurriak hartzeko Legeak arautu zuen— gorde egingo zaizkie bai plaza eta bai destinoa ere. Eta egoera horretan egon daitezen denboraldia konputatu egingo zaie, maila igoera, hirurteko eta eskubide pasiboen ondorioetarako. Kasu guztietan, benetan betetzen duten lanpostu edo karguari dagokion ordainsaria jasoko dute (ez funtzionarioa izateagatik dagokiena), baina eskubidea izango dute funtzionario gisa arituta aitortuak dituzten hirurtekoak jasotzeko.

Aitzitik, zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzian dauden funtzionarioei, norberaren kontuetarako borondatezko eszedentzian daudenei bezala, ez zaie lanpostua eta destinoa gordeko, ez dute ordainsaririk jasoko, eta egoera horretan egon daitezen denboraldia ez zaie konputatuko maila igoera, hirurteko eta eskubide pasiboen ondorioetarako.

Egoera horren araubidea FPEBNLren 29.bis artikuluan jaso zen (eta Estatuaren 1990eko aurrekontu orokorrei buruzko ekainaren 29ko 4/1990 Legearen 34. artikuluaren bidez ezarri zen); horren arabera, zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzian dauden funtzionarioek bi bide dituzte aurreko zerbitzura itzultzeko: (i) Lehiaketa bidez edo izendapen askeko sistemaren bidez lanpostuak betetzeko deialdietan parte hartu dezakete; eta (ii) plaza huts batera behin-behinean atxikita, zerbitzuaren beharren arabera, betiere, lanpostuan aritzeko betekizunak betez gero.

Ezaugarri horiek kontuan hartuta arautu ziren egoera biak EFPLren 61.a) artikuluan eta 64. artikuluan; EFPLren 68. artikuluak bide berberak ezarri zituen zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzian dauden eta aurreko zerbitzura itzuli nahi diren funtzionarioentzat. Gainera, behin-behineko atxikipenari dagokionez, aurrekontuetan diruz hornitutako lanpostu huts bat egon behar da, bere kidego edo eskalakoa, eta funtzionarioak lanpostu hori beteko du lehiaketa bidez edo izendapen askeko sistemaren bidez, behin betiko destinoa lortu arte.

EFPL garatzeko, azaroaren 11ko 339/2001 Dekretua onartu zen, euskal herri-administrazioetako funtzionarioen administrazio-egoerei buruzko araudia onartzekoa. Egoera bien alde batzuk osatzen ditu, baina, jakina, legezko eraketa aldatu gabe.

FPEBNLn jasotako erregulazioarekin bat etorriz, Administrazio Publikoetako langileen bateraezintasun-egoerei buruzko abenduaren 26ko 53/1984 Legearen (HAZLBL) 10. artikuluak egoeraren benetako esanahia ematen du; hauxe dio, hitzez hitz:

> Edozein titulu bidez sektore publikoko beste lanpostu batera sartzen badira eta lege honen arabera lanpostu hori bateraezina bada lehendik egiten ari zirenarekin, bietako bat aukeratu beharko da, lanpostuaz jabetzeko epearen barruan.
>
> Aipatutako epearen barruan hautaketa egiten ez bada, lanpostu berria hautatzen dutela ulertuko da, eta lehendik egiten ari ziren horretan borondatezko eszedentziara pasako dira.
>
> Bateragarriak izan daitezkeen lanpostuak badira, baimena lortu ondoren, lanpostuaz jabetzeko aipatu epeko lehen hamar egunetan eskatu beharko dute bateragarritasuna, eta ebazpena ezarri artean epe hori luzatutzat joko da.

Bateraezintasunen araubideak hainbat printzipio bete nahi ditu; horien artean, inpartzialtasunaren printzipioa eta eraginkortasunaren printzipioa dira garrantzitsuenak, baina beste helburu batzuk ere baditu, eta horiek ere bidezkoak dira Konstituzioaren ikuspuntutik, adibidez, EKren 40. artikuluan daudenak. Hala, azaroaren 2ko 178/1989 KAEren hitzetan, "enplegu publikoaren banaketa hobea, eta horren ondorioz, lan-merkatuan egoera okerragoan daudenen mesederako emaitza ez da Konstituzioaren kontrakoa; alderantziz, Konstituzioarekin bat dator, nahiz eta egoera horrek hainbat muga sor ditzakeen enplegu bat baino gehiago dituzten edo modu hipotetikoan eduki litzaketen pertsonentzat".

HAZLBLren 10. artikuluak ez du zehazten langile finkoak ala aldi baterakoak diren, baina jurisprudentziak ukatu egin du aldi baterako langileei bateraezintasun-arrazoiengatik emandako borondatezko eszedentzia (hala deitzen zaio) emateko aukera, hain zuzen, aldi baterako harremanaren berezko ezaugarriengatik.

Hala, Administrazioko langile finkoekin antza gehien duen kolektiboari dagokionez, Lan Arloko Salaren epaiek, 2005eko azaroaren 29koak (RJ 2006/4748) eta 2006ko maiatzaren 3koak (RJ 2006/7073) honela justifikatu dute: "Lehenik, eszedentziak egonkortasunaren berme moduan funtzionatzen du, eta berme hori ez da existitzen lan-kontratu mugagabea duten langile ez-finkoen kasuan; langile horiek estatutu ezegonkorra dute beren kontratazio irregularraren ondorioz... Gainera, borondatezko eszedentziaren ezaugarria hauxe da: eszedentzia hartzen duen langile finkoari 'kategoria bereko edo antzeko lanpostu hutsetan sartzeko lehentasun-eskubidea' bakarrik aitortzen zaio, eta langile (finkoari) eman dakiokeen eskubide hori ezin zaio lan-kontratu mugagabea duen langile ez-finkoari eman, bere lan-harremanak betetzen duen lanpostuarekin baitu zerikusia".

Andaluziako Justizia Auzitegi Nagusiaren (Lan Arloko Salaren) 2017ko irailaren 28ko epaia (AS 2017/2063) aipatzen duen doktrina, nahiz eta EBJAren 1999/70/EE Zuzentarauaren 4.1 klausulari buruzko doktrina jasotzen eta aipatzen duen:

Aztertzen dugun kasuan, aldiz, hau da, eszedentzia bateraezintasun-arrazoiengatik ematen denean, badago lan-baldintzekin zerikusirik ez duen justifikazio objektiboa, tratu desberdina babesten duena, baina lan-kontratu mugagabea duten langile ez-finkoei eskubide gutxiago ─finkoekin konparatuta─ eman gabe. Izan ere, lan-kontratu mugagabea duen langile ez-finko batek bere lanpostuan jarraitzeko eskubidea du bakarrik ─kontratua eteteko eskubidea langilea kontratatzeko xede izan den lanpostuari lotuta dago─, ezin du kategoria bereko edo antzeko beste lanpostu huts bat bete. Eskubide hori borondatezko eszedentzian dauden langile finkoei dagokie. Eskubidea ezin zaie kontratu mugagabea edo aldi baterakoa duten langile ez-finkoei eman, ohiko borondatezko eszedentziak lanpostua gordetzeko eskubidea sortzen ez badu, kolektibo horrek ezin du eskubidea gozatu, kontratazioaren xede izan den lanpostura bakarrik itzultzeko aukera duelako. Lanpostua erreserbatzea ezin zaio enpresari ezarri, ezta bitarteko langileen kontratazioaren bidez ere, horiek ordezkatzen dituzten langileen enpleguaren egonkortasunaren kostura izango bailitzateke, baita enpresaren interesen kostura ere.

Zerbitzu berezien egoeran tratu berdina emateko aukera egongo litzateke, kontratua eteteak lanpostua erreserbatzea dakarrelako; hala ere, ez dago halako aukerarik zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentziaren kasuan, ez baitago lanpostua gordetzerik, lanpostura itzultzeko eskubidea baizik, zirkunstantzia batzuek baldintzatua.

Laburbilduz, **bateraezintasuna sortzen denean, enplegatu publikoak bete nahi duen lanpostua hautatu behar du, baina lanpostu berria hautatzen badu, karrerako funtzionarioei eta bitarteko funtzionarioei eskubide bera kentzen ez zaien ikusi behar da; horrela da, batek zerbitzu-harremana iraunkorra eta jarraitua izateko bermearekin betetzen zuelako lanpostua (EPOELTBren 9.1 artikulua eta EFPLren 35. artikulua), berme hori karrerako funtzionario-izaerari dagokion mugiezintasunerako eskubideari lotuta baitago [EPOELTBren 14.a) artikulua]; besteak, aldiz, halako bermerik gabe betetzen zuen lanpostua.**

Hori dela eta, legeak xedatzen du karrerako funtzionarioaren zerbitzu-harremanak "izoztuta" edo "latente" geratu behar duela. Hala ere, bitarteko funtzionarioei ez zaie neurri bera aplikatzen, harreman juridiko berria hautatu dutenez, aurreko aldi baterako kontratua iraungi egiten delako, ez baitago arrazoirik jarraitzeko eta harreman horrek amaitu behar du.

Interesdunak beste Administrazio bateko karrerako funtzionario izaera lortu du, eta aldi baterako harremana izan arren, bitarteko funtzionario izendatua izateko eskubidea finkatzea nahi du, aipatu izaera galtzen duenean, harremana iraunkor eta epe-mugarik gabe bihurtuz (...ko Foru Aldundian zerbitzuak ematen dituen bitartean).

Egon daitekeen edo espero den itzultzeko eskubide bat erreklamatzen du, baina hori baldintzatuta dago, lanpostu hutsak egotearen eta interesdunak lan-poltsan duen tokiaren araberakoa baita, azken hori interesdunaren nahitara erabili daitekeen edo ez kontuan hartuta. Zalantzarik gabe, interesdunak erreklamatzen duen bermea guztiz bidezkoa den interes pertsonal edo profesionalarekin justifikatzen da, baina, aldi berean, funtzio publikoan sartu nahi duten beste pertsona batzuen interesean eragiten du.

Alabaina, garrantzitsuena da bere eskaeran inplizituki adierazten duela badaudela arrazoi objektiboak tratu berdina ez aplikatzeko; horregatik, antzeko tratua edo baliokidea eskatzen du.

Komeni da gogoraraztea "EKren 14. artikulutik ondorioztatzen den berdintasun-printzipioak konparatu nahi diren egoerak berdintsuak izatea eskatzen duela, aipatu agindutik ondorioztatzen baita funtsean berdinak diren egitezko kasuak ekartzen dituzten ondorio juridikoetan berdin tratatzeko eskubidea [ekainaren 28ko 212/1993 KAE (RTC 1993, 212), 6. OJ; eta martxoaren 13ko 80/1994 KAE (RTC 1994, 80), 5. OJ, besteak beste]".

Kasu honetan, interesdunak emandako konparaketa-datuetan Europako jurisprudentziak eskatzen dituen homogeneotasuna eta baliokidetasuna nabaritzen dela onartu behar da. Hala ere, interesdunak ez du karrerako funtzionarioak eta bitarteko funtzionarioak berdin tratatzea eskatzen, ondorio juridikoei dagokienez, hots, ez ditu ondorio juridiko berdinak eskatzen, bere ustez antzekoak diren ondorio juridikoak baizik.

Funtzio Publikoko Zuzendaritzak bere txostenean azaldu duenez, lan-poltsen erregulazioak, langileen hautaketarako irizpideez eta kudeaketa-moduaz gain, hautagaien egoera desberdinak ere hartzen ditu barnean; hautaketaren ondorioz, bitarteko izateko izendapena edo aldi baterako lan-kontratua formalizatuko da Administrazio horrekin.

Zerbitzuak ematen ari direnak (jardunean); izendatua edo kontratatua izan nahi dutenak (laneratzeko prest); aurreko egoeretako batean egonda, egoeraz aldatzen diren hautagaiak, zerbitzua eman edo eskaintza bati erantzun ezin dutelako (behin-behineko baja); eta lan-poltsan egonda, beren borondatez edo derrigortuta ezabatzen diren hautagaiak (behin betiko baja).

Halaber, onartzen du "parekotasun bat" dagoela karrerako funtzionarioarekin konparatuta, akordioak aitortzen dituen berme eta eskubideei dagokienez, baita ondorio juridikoei dagokienez ere.

Bereziki, "funtzio publikoari buruzko araudiarekin bat lanpostua gordetzea dakarten administrazio-egoerak aplika daitezke lan-poltsetan, bai hautagaien kasuan, bai zerbitzuan dauden langileen kasuan, hau da, honako hauetan daudenen kasuetan: 'jardunean' edo 'behin-behineko bajan': seme-alabak edo senide bat zaintzeko eszedentzia (9. artikulua), aldi baterako ezintasuna, ama izatea, adopzioa edo harrera, edo zerbitzu bereziak (11. artikulua)".

Egoera horiek nolabait berdintzen badira ere —batez ere, ahal denean, lanpostua erreserbatuta dagoenean—, inola ere ezin da esan benetan baliokideak direnik; hori bideraezina izango litzateke.

Zerbitzuak arlo publikoan emateko borondatezko eszedentzian dagoen karrerako funtzionarioak, lehenago esan bezala, ez du lanpostua erreserbatzeko eskubiderik, lanera itzultzeko eskubidea baizik; eskubide hori behin-behineko atxikipenean gauza daiteke, edo bestela, funtzionarioak lanpostuak betetzeko deialdietan parte har dezake (lehiaketa bidezko edo izendapen askeko deialdietan).

Interesdunak onartzen du bitarteko funtzionarioa denez, ezin zaiola lehen betetzen zuen lanpostua erreserbatu, ezta kidegoan edo eskalan hutsik dagoen edozein lanpostu behin-behinekoz atxiki ere; are gutxiago, onartzen du ezin duela karrerako funtzionarioentzat bakarrik diren lanpostuak betetzeko deialdi batean parte hartu. **Baina, bere iritziz, "behin-behineko bajan" dagoela deklaratu behar dute, eta egoera horretan geratzeko arrazoia desagertu ondoren** (hemen ez du aipatzen harreman berria finkoa ala aldi baterakoa izan behar duen), **"lanerako prest" dagoela jarri behar dute, lan-eskaintzak berriz jasotzeko aukera izan dezan.**

Gauzak horrela, ondorioztatu behar da onartu egiten duela kolektibo biek berariazko araudi desberdinak behar dituztela; bestela esanda, onartzen du bidezkoa dela Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorrean eta bere erakunde autonomiadunetan aldi baterako zerbitzuak emateko langileak hautatzeari buruzko Akordioan jasotako egoerak aplikatzea, karrerako funtzionarioak esparru subjektiboan ez daudela ulertuta.

Harremana aldi baterakoa izateak ondorio juridiko egokia eskatzen du. Beste kontu bat da interesdunak beste erantzun juridiko bat nahiago izatea, bere interesen ikuspuntutik mesedegarriagoa, baina, aztertu ditugun elementu guztiak ikusita, **ezin da esan karrerako funtzionarioei eta bitarteko funtzionarioei tratu ezberdina emateak oinarrizko eskubidea kaltetzen duenik**.

Hitz batez, **tratu desberdina bitarteko funtzionarioen izaerari berez dagokion ondorioa da, eta azpimarratu behar da hemen ez dela akordioa epaitzen, baizik eta berrikusi behar den egintza APELren 47.1.a) artikuluan jasotako erabateko deuseztasunaren kausa izan daitekeen ebazten dela.**

Ez dagokio Batzorde honi araugileak hartutako erabakiaren (behin betiko baja ala behin-behineko baja hautatzea) egokia edo komenigarria den epaitzea, dauden aukeretan egokiena edo onena den baloratzeko; egintzaren bidez hartutako erabakiak —hautatutako konparazio-irizpidea betez— arbitrariotzat edo arrazoigabetzat jo ezin den justifikazioa duen ebaztea bakarrik dagokio.

Hitz batez, zirkunstantzia guztiak aztertuta, Batzordeak ebatzi du **ez dela egon erabateko deuseztasunaren kausarik**, eta, hortaz, ez dela beharrezkoa APELren 110. artikuluko mugak aplikatu behar diren aztertzea.

74/2018 ABJI, par.: 38.etik 126.era

Doktrina nahiko bat dator **Konstituzio Auzitegiak bilakaera bat izan duela EKren 20.1 artikuluan aitortutako eskubideen norainokoari dagokionez**, bai artikulu horren a) apartatuko eskubideari —"Pentsamenduak, ideiak eta iritziak libreki adieraztea eta zabaltzea, hitzez, idatziz nahiz beste edozein bidez"—, bai d) apartatuan aipatutako eskubideari —"Edozein hedabidetatik informazio egiazkoa libreki komunikatzea edo jasotzea"— dagokionez.

Hala ere, Konstituzio Auzitegiak dagoeneko martxoaren 31n eman zuen 12/1982 KAEn baiezko erantzuna eman zion galdera honi: **eskubide horien edukian edozein hedabide sortzeko eskubide instrumentala dagoen**; argitu zuenez, irrati- eta telebista-igorgailuak sortzeko eskubidea "ez da 20. artikulutik atera behar duen ondorio bat, Konstituzioak eragozten ez badu ere". Konstituzio Auzitegiaren arabera, eskubidea ezartzea legegilearen "erabaki politikoa" da, eta diskrezionalitate horrek irrati- eta telebista-igorgailuak sortzeko aukera ezartzea ere hartzen du barnean, eskubide bat erabiltzea edo zerbitzu publiko bat emateko jarduera bat balitz bezala.

Abenduaren 17ko 206/1990 KAEk honako hauek bereizten ditu: "EKren 20. artikuluak zuzenean bermatzen dituen lehen mailako eskubideak, eta horiek bermatzeko tresna hutsak diren eskubideak". Adierazten duenez, ezin da parekatu pertsona batzuei eta beste batzuei ematen zaien babesaren intentsitatea, baina onartzen du kasu bietan babesak irispide konstituzionala duela eta legegileak ordezkoak ezartzeko gaitasun handiagoa duela, baldin eta funtsezko edukia mugatzen ez badu.

Urtarrilaren 31ko 31/1994 KAEk beste urrats bat eman du, honako hau adierazita: "legegileak ezin du, arrazoizko epe guztietatik haratago, horretarako arrazoirik ez badago, jarduera bat erregulatzea *sine die* atzeratu; kasu honetan, kable bidezko tokiko telebistaren zeharkako kudeaketaz ari gara, eta horrek eragin zuzena du EKren 20.1 artikuluko a) eta d) letretan aitortutakoak bezalako oinarrizko eskubideak gauzatzean, **legezko arauketarik eza, izan ere, (...) ez baita oinarrizko eskubidea mugatzen duen erregulazio bat, EKren 20.1 a) eta d) letrek bermatzen duten komunikazio-askatasunaz baliatzean datzan jardueraren debeku argi eta garbia, tokiko eta kable bidezko telebistako emankizunen modalitatean**".

Kontzeptuen bereizketa hori abiapuntu hartuta —batetik, "lehen mailako eskubideak", Konstituzioaren 20.1 artikuluan "funtsezkotzat" jotzen direnak, informazio egiazkoa libreki komunikatzeko edo jasotzeko eskubidea, eta bestetik, horiek osatzeko "eskubide instrumentalak", askatasun horiek egikaritzeko beharrezkoak diren komunikazio-euskarri, tresna, edo komunikabideak sortzeko—, maiatzaren 5eko 127/1994 KAEk zehazten duenez, honako hau egia da: "aipatutako oinarrizko eskubideak eta komunikazio-tresna teknikoak ezin dira erabat bereizi; gaur egun, informazio-askatasuna, ia salbuespenik gabe, komunikabide jakin batzuez baliatzeko eskubidea da; ondorioz, nolabait, gizarte-komunikabideak sortzeko aukerak oinarrizko eskubide horiek lotu egiten ditu, eta horiekin integratzen da"; hala ere, azpimarratzen du egia ere badela, **euskarri teknikoak eta komunikazio-tresnak ordenatzeko orduan** —hizpide dugun kasuan, estatu mailako estaldura duten uhin irrati-elektrikoen bidezko igorpena—, **legegileak araudia egiteko duen askatasuna handiagoa dela Konstituzioaren 20.1 artikuluko oinarrizko eskubideak zuzenean ordenatzeko orduan daukana baino, azken horiek, neurri handi batean, askatasun-eskubideak baitira, nahiz eta argi izan alderdi baten eta bestearen arteko konexioa.**

Auzitegi Gorenak ere aipatu du bilakaera hori 2008ko apirilaren 22ko AGEn (JUR 2466/2008):

> Kasazio-motibo horren inguruan burutu dugun azterketarako ez da beharrezkoa adierazpen- eta informazio-askatasunen arteko bereizketa teorikoaren berri ematea; bereizketa hori Konstituzioaren 20. artikuluko 1. apartatuan a) eta d) letretan ikus daiteke; halaber, ez da beharrezkoa epaitzen ari garen kasua bigarren horretan sartu eta gero,

Konstituzioak ematen dion tratu bereziaren inguruan galdetzea; edo askatasun horiek sistema demokratiko batean duten garrantzi berezia azpimarratzea; edo pluraltasun informatiboaren kontzeptuak eta benetan izateak sistema horretarako duten garrantzia azpimarratzea; edo gizarte-komunikabideak sortzeko eskubideak eta horren mugek Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzian zein gure Konstituzio Auzitegiaren doktrinan izan duten bilakaera xeheki azaltzea. Baina bai azpimarratu behar dira: komunikabide horiek sortzeko eskubideari gaur egun eman behar zaion zabaltasuna; jartzen zaizkion mugen interpretazioa eta aplikatze murriztailea; eta aginte publikoak bere jardunean bete behar duen proportzionaltasun-printzipioa, araudien bidez eta horiek aplikatuz eskubide hori gauzatzean tartean sartzen denean. Hala, aginte publikoak prozeduren eta baimen-klausulen bidez esku sartzen duenean, modu sinesgarrian eta arrazoizkoan justifikatu behar da, eta esku-sartzeak hori legitimatzen duten behar, balio eta xedeen araberakoa izan behar du. Ildo horretan, ez da alferrikakoa bilakaeraren adierazgarri diren Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaiak aipatzea: besteak beste, 1990eko maiatzaren 22ko epaia (TEDH 1990, 12) (Autronic AG), 1993ko azaroaren 24koa (TEDH 1993, 56) (Informationsverein Lentia eta beste batzuk) eta 1997ko urriaren 20koa (TEDH 1997, 83) (Radio ABC); edo Konstituzio Auzitegiarenak: abenduaren 17ko 206/1990 epaia (RTC 1990, 206) eta maiatzaren 5eko 127/1994 Epaia (RTC 1994, 127), adibidez.

Azkenik, epai berrienak**, maiatzaren 8ko 73/2014 KAEk, ezartzen du *a quo* prozesuan alde salatzailea den erakundeak egikaritzen duen komunikazio-askatasuna EKren 20.1.a) eta d) artikuluak ezarritako edukian sartzen dela, tresna-izaerarekin bada ere, aipatu agindu konstituzionalak ez baitu esan nahi "igortzeko eskubide zuzena onartzen denik", eta hortik zuzenean "igortzeko maiztasunak ematea besterik gabe eskatzeko eskubidea ondorioztatzen denik, tokiko mailan baino ez bada ere"**. Eta gaineratzen du:

Hala, **komunikabideak sortzeko eskubideak** —adierazpen- eta komunikazio-askatasunak gauzatzeko beharrezko euskarria edo horien oinarrizko plataforma direnez— **legegileak ezarritako egikaritzeko mugak edo aldaketak izan ditzake, balio konstituzionalak babesteko beharrak justifikatzen dituenak, hala nola Estatuaren oinarrizko balioa den pluraltasuna** (kanpokoa edo barnekoa), **iritzi publiko librea sortzea edo askatasun eta berdintasun printzipioak** [martxoaren 16ko 6/1981 KAE (RTC 1981, 6), 4. OJ; martxoaren 31ko 12/1982 KAE (RTC 1982, 12), 6. OJ; eta abenduaren 17ko 206/1990 KAE (RTC 1990, 206), 6. OJ], **baldin eta muga horiek ez badute murrizten EKren 20.1 a)** eta d) artikuluan aitortutako askatasunek bermatutako funtsezko edukia edo eduki materiala; hau da, askatasunez komunikatzeko eskubidea; hori gabe "erakunde ordezkariak forma hutsalak izango lirateke, legitimitate demokratikoaren printzipioa faltsutuko litzateke eta ez legoke gizarte askerik, ezta herriaren subiranotasunik ere", hortaz, eskubidea babesteko, "arreta berezia eman behar zaie gizarte-komunikazioa bermatzen duten komunikabideei" (6/1981 KAE, martxoaren 16koa, 3. OJ).

Interpositio legislatoris delakoaren beharrak, eta, hortaz, arloa ordenatzeko mekanismo jakin batzuk ezartzen dituen aldez aurretiko erregulazioaren beharrak —administrazio-emakida lortu beharraren bidez, baimen bakun baten bidez edo aurretiazko jakinarazpenaren bidez— komunikabideak sortzeko eskubidea gauzatzea, beste eskubide batzuk

gauzatzea eta Konstituzioak ezarritako beste balioak babestea bateragarri egiteko beharrari erantzuten dio. Hori bera dio Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentziak, GEEH 10. artikulua interpretatzen duenean (RCL 1999, 1190, 1572); agindu horrek esanbidez adierazten du komunikabideak sortzeko askatasuna adierazpen-askatasunaren esparruan dagoela, eta hori ez dela eragozpena estatuentzat irratigintzan edo zinemagintzan diharduten enpresak eta telebistak baimen-araubidepean jartzeko (lato sensu).

Komunikabideak sortzeko askatasuna, batetik, EKren 20.1.a) eta d) artikuluan ezarritako oinarrizko eskubideak ─eskubide instrumentalaren izaera izan arren─, eta, bestetik, ─komunikabideen pluraltasuna bermatzeko eta jabari irrati-elektriko publikoaren bestelako erabilerak ez oztopatzeko bide gisa─ igortzeko lizentzia izateko eskakizunaren konstituzionaltasunak babesten dutela onartuta, komeni da azpimarratzea, era berean, **legeak eta dagokion garapen-araudiak, lizentziak eskuratzeko prozedura arautzen duenak, bermatu behar dutela lizentziaren titularra irizpide orokor eta objektiboei jarraikiz hautatzen dela, askatasunez eta berdintasun-baldintzetan parte hartzea ahalbidetzen duen prozesuan, eta irizpide horiek guztiek aukera ematen dutela gero ohiko auzitegiek erabaki administratiboaren arauzkotasuna kontrolatzeko.**

Ildo horretan, egokia izan daiteke gogoraraztea **Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren** (GEEA) doktrinari jarraikiz, irrati-hedapenerako lizentziaren eskaera ukatzea Hitzarmenaren 10. artikuluaren 1. apartatuak bermatzen dituen eskubideak gauzatzean esku sartzea dela, eta berdin dio banakako eskaera baten bidez eskatutako lizentzia den ala lizitazio baten bidez eman behar izan den (Meltex Ltd eta Movsessian Armeniaren kontra, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren 2008ko ekainaren 17ko Epaia, JUR 2008, 185315).

Estatu bakoitzak, baimenen araubidearen bidez, bere lurraldean irrati-hedapenaren antolamendua arau dezake, batez ere, alde teknikoak. Halaber, lizentzia baten emakida honako hauek baldintza dezakete: sortuko den katearen izaeraren eta helburuen inguruko gogoetek; estatu mailan, lurraldean edo tokiko mailan aritzeko aukerek; publiko jakin baten eskubide eta beharrek; baita nazioarteko tresna juridikoetatik eratorritako betebeharrek ere (United Christian Broadcasters Ltd. Erresuma Batuaren aurka, 2000ko azaroaren 7ko GEEAE, eta Demuth Suitzaren aurka, 2002ko azaroaren 5eko GEEAE).

Alabaina, **araudi horrek lege bat izan behar du oinarri, eta "legeak jasotzen duena" hitzek, 10. artikuluaren bigarren apartatuan, egotzitako neurriak oinarri juridikoa barne-zuzenbidean izateko beharra ezartzeaz gain, aipatu legearen kalitateaz ere hitz egiten dute: izan ere, legeak epaitu beharrekoentzat eskuragarria izan behar du, eta aurreikus daitezkeen ondorioak izan behar ditu.**

Oinarrizko eskubideei eragiten dieten kontuetan, legea zuzenbidearen lehentasunaren kontra egongo litzateke, hau da, gizarte demokratiko batean, Hitzarmenak ezarritako oinarrizko printzipioetako baten kontra, GEEAk zehaztu duenez, **organo betearazleari ematen zaion hautemateko gaitasunak mugarik ez balu**. Ondorioz, **argi eta garbi definitu be-**

har dira gaitasun horren norainokoa eta hori erabiltzeko moduak (Hassan eta Tchaouch Bulgariaren aurka, 2000ko urriaren 26ko GEEAE, eta Glas Nadejda Eood eta Elenkov Bulgariaren aurka, 2007ko urriaren 11ko GEEAE).

Azkenik, ikus-entzunezko baliabideen pluraltasunari loturiko printzipio orokorrak aztertuta, "Auzitegiaren iritziz, gizarte demokratiko batean, ikus-entzunezko sektorean benetako pluralismoa bermatzeko, ez dela nahikoa kate askotarikoak egotea aurreikustea edo balizko operadoreak ikus-entzunezko sektorearen merkatura sartzeko aukera teorikoa. Benetan ahalbidetu behar da merkatuan sartzea, programen edukian (orokorrean baloratuta) aniztasuna bermatzeko, ahalik eta neurri handienean, programa horien hartzaile den gizartean dauden iritzi desberdinak adierazteko" (auzia: erdiko Europa 7 srl Italiaren aurka, 2012ko ekainaren 7ko GEEAE, JUR 2012, 191829).

Kasu honetan, esan behar da **lehiaketarako deialdia egin zuen Administrazioak**, dagokion legearekin bat, **ez zuela hautemateko gaitasunik, lizentziak ez ematea erabakitzeko eta lehiaketa ─horri uko eginda─ ondoriorik gabe uzteko erabili zuenik; ondorioz, EKren 20.1 artikuluko a) eta d) letretan ezarritako oinarrizko eskubidea urratu dela pentsatu behar da.**

Ondorio hori ateratzeko, nahikoa da, lehiaketa arautzen duten xedapenak ─ikus-entzunezko komunikazioari buruzko martxoaren 31ko 7/2010 Lege Orokorrean (IEKL) eta ikus-entzunezko komunikazioari buruzko azaroaren 8ko 231/2011 Dekretuan jasotakoak─ xehetasunez aztertzeko beharrik gabe, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren epaietako tarte bat ─behin eta berriz aipatzen dena─ kopiatzea (besteak beste, 452/2014 Epaia); tarte horrek argi eta garbi laburbiltzen du auzitegiak aipatu arau-haustea hautemateko erabili zuen arrazoibidea:

> Hau da, kontraesan betean sartzen dira administrazioaren lizentziak emateko ahalmena, botere legegilearen borondatez esparru zorrotz eta legez definitu batean gauzatu behar dena, eta deialdia egin duen administrazioak legez kanpoko eta aukeraren eta iritziaren araberako oinarriak baliatzea, lizentziak eman gabe ere, guztiak blokean ezesteko, lehiaketa ebazteko prozesuan edo ondorengo gorabeheretan inola ere erabili ahal izango ez lituzkeen arrazoiak argudiatuta. Ezin lituzkete argudio horiek erabili lehiaketaren deialdia ez egiteko ere eta, hori egitean, zilegia ez den ondorio bat eragin zaio eskatzaileak duen aurretiazko eskubideari, eskubide hori ez baitago arauz lotuta botere publikoaren komenentzia eta hautamen librearen iritziei lotuta. Horrek, izatez, eragina izan lezake ere Konstituzioaren 20.1.d) artikuluan, prozesuan salatu den moduan.

Laburbilduz, **ofiziozko berrikuspenaren bidea bitarteko egokia da urratutako oinarrizko eskubidea berrezartzeko, lizentzien adjudikazioa lortu nahi zuten erakundeen eskubideak justifikaziorik gabe baztertu direlako. Izan ere, galarazi egin zaie ideiak modu librean adierazteko eta informazioa jakinarazi eta jasotzeko eskubidea gauzatzeko beharrezkoa den euskarri baterako sarbidea (frekuentzia-modulazioa duten uhin metrikoak).**

103/2018 ABJI, par.: 68.etik 83.era

B) Ezinezko edukia duten egintzen erabateko deuseztasuna

Deuseztasunaren kausa horren benetako izaera zehazteko, jurisprudentzia-doktrina transkribatu behar da (2017-02-02ko AGE, RJ 2017\449):

> Komeni da esatea ezinezko edukia duten administrazio-egintzen erabateko deuseztasuna, egintza horien araubidean, Kode Zibilaren 1272. artikuluak (LEG 1889, 27) kontratuetarako adierazten duen printzipioaren kopia dela. Ezinezko edukia duten egintzen deuseztasunari dagokionez, doktrinak eta jurisprudentziak beti jo izan dute zuhurtzia handiz, legezko kausa hori gehiegi heda ez dadin, hots, oinarri juridikorik ez duen edozein egintzatara iritsi ez dadin.
>
> Ezintasunaren baldintzei dagokienez, esan dugu Prozeduraren legeak aipatzen duen ezintasunak, horrenbestez, materiala edo fisikoa izan behar duela; izaera juridikoko ezintasun batek egintzaren legez kanpokotasuna ekarriko lukeelako, eta hori deuseztagarria izan ohi delako [Administrazio Prozeduraren Legearen 48.1 artikulua (RCL 1986, 939) eta AAJLren 83.2 artikulua (RCL 1998, 1741]; ezintasunak, era berean, jatorrizkoa behar du, gerora gertatuz gero egintzaren eragingarritasunik eza baino ez lukeelako ekarriko.
>
> Ezinezko edukia izatearen ondoriozko egintza deusez dira, beraz, proiektatzen zaizkion errealitate fisikorako desegokiak direnak, guztiz eta jatorriz. Ezinezko edukia duten egintzak dira, halaber, barne-kontraesana dutenak (ezintasun logikoa), ezin saihestuzko lege fisikoei edo senez gaindiezintzat jotzen denari kontra egiten dietenak. Jurisprudentziak, kasu batzuetan, egintzaren edukiaren zehazgabetasuna, anbiguotasuna edo ulertezintasuna parekatu du egintzaren ezintasunarekin (1981eko azaroaren 6ko eta 1985eko maiatzaren 9ko epaiak).

Interpretazio horrekin, Batzordeak bere irizpenetan defendatutako ildoari eusten dio. 54/2001 Irizpenean, esaterako, honako hau gogorarazi zuen: "jurisprudentzian sartzen dira ezintasun natural, fisiko eta benetakoa duten edukia jasotzen dutenak (1981eko ekainaren 3ko AGE), eta horren adibide izan daiteke, bai oinarri pertsonalik eza (hau da, lehengoratzearen onuraduna zehaztuta ez egotea edo ez existitzea), bai oinarri materialik eza (aitortu zen lehengoratzeari dagokion finka ez existitzea edo ez egotea administrazioaren esku); edo egintza nahasiak edo ulertezinak, eta, beraz, gauzatu ezinezkoak (1981eko azaroaren 6ko AGE)"; bestalde, 26/2013 Irizpenean, Estatu Kontseiluak hildako pertsona bati esleitutako kontratu baten kalifikazioa ezinezko edukia zuen egintza bat zela adierazten zen (45.103 irizpena, 1983ko apirilaren 28koa).

Administrazio-egintzen ezintasuna fisikoa, ereduzkoa edo juridikoa izan daiteke. Egintzaren ezintasun fisikoa egintza errealitate materialera batere egokitzen ez denean gertatzen da, esate baterako, existitzen ez den subjektu edo objektu bati lotuta dagoenean. Ereduzko ezintasuna egintzaren egitura logikoa gaizki eratuta dagoenean sortzen da, hau da, egitura barruan elementu kontraesankorrak badaude; ezintasun juridikoa, aldiz, egintza argi eta garbi ordenamendu juridikoaren kontraesanean dagoenean sortzen da, egintzaren oinarriek huts egiten dutelako.

Ildo horretan, Estatu Kontseiluak adierazi du ezinezko egintzatzat hartzen duela lege fisikoen kontrakoa izateagatik egin ezin dena (51.772 Irizpena, 1988ko apirilaren 7koa) edo ezinbesteko oinarririk ez daukana (50.710 Irizpena, 1987ko urriaren 1ekoa), modalitate guztiak zerrendatzeko asmorik gabe. Eta, ondorioz, ezinezko egintzatzat jo ditu honako hauek: hildako pertsona bati kontratu bat esleitzea (45.193 Irizpena, 1983ko apirilaren 28koa); funtzionario bat existitzen ez den lanpostu baterako izendatzea (1.705/94 Irizpena, 1994ko irailaren 29koa); kontratua prestatzeko egintza baten deuseztasunak nahitaez kontratua deuseztatzea dakarrenean (45.192 Irizpena, 1983ko ekainaren 30ekoa); truke-kontratu bat, aldeetako bat entregatu behar duen ondasunaren jabea ez denean (53.403. Irizpena, 1989ko ekainaren 29koa).

Hain zuzen ere, azken kausa hori izan daiteke kontsultaren xede den kasuan zehaztu beharreko deuseztasunaren oinarri, **frogabide sinesgarrien bidez egiaztatu baita —ondasuna erregistroan inskribatzea, katastro fiskalaren aldean— hizpide dugun lursailaren jabetzaren benetako titularren nortasuna; ondorioz, egiaztatu da udala ez dela lursailaren titularra.**

Berrikusten den baimenaren emakidaren oinarri zen jabetasuna galtzeak —emakida jabetza-titulartasunak ematen zizkion gaitasunak itxuraz legitimoki erabilita burutu bazen ere— **baimen horren deuseztasuna ekarri behar du halabeharrez**.

94/2018 ABJI, par.: 28.etik 33.era

C) Legez ezarritako prozedura erabat alde batera utziz edo kide anitzeko organoek erabakiak hartzeko funtsezko arauak guztiz bazterturik emandako egintzen erabateko deuseztasuna

Ofiziozko berrikuspenaren espediente hau sustatu duen enpresaren iritziz, ez da zuzena premiamendu-prozedurari jarraitzea, udalak uztailaren 4ko 1093/1997 Errege Dekretuan, hirigintza-izaerako egintzak Jabetza Erregistroan inskribatzeari buruzko Hipoteka Legea exekutatzeko Erregelamenduaren arau osagarriak onestekoan, ezarritako prozedura hautatu badu; izan ere, udalak EAELHLren 184. artikuluak hirigintzako eginbeharrak eta betebeharrak betetzen ez diren kasurako ezarritako **desjabetze-prozedura aplikatu behar izan zuen.**

Horrek eragin du, enpresaren hitzetan, "erabateko defentsa-gabezia, alegazioak aurkezteko izapideak burutu ez zirelako, eta ez-betetzea zuzentzeko aukera eman ez zelako. Gainera, gogoan izan behar da ondorio zuzena aldeak sektorean zituen lursail guztien bahitura izan zela, eta lursailak Administrazio honen alde adjudikatu direla, horretarako burututako enkanteak hutsik deklaratu ondoren".

Hala ere, ebazpen-proposamena jasotzen duen txostenaren arabera, maiatzaren 28ko 32/2012 Alkatetza Dekretuaren bidez, jarduketa-sistema aldatzea erabaki zen, hain zuzen, jarduera ekonomikoko "Malluki" sektorean hasiera batean Hirigintzako Jarduketa Programan aurreikusitako hitzarmenaren egikaritze pribatuaren ordez (2019ko urtarrilaren 28ko Alkatetza

Dekretua), lankidetzan oinarritutako egikaritze-sistema publiko bat ezarri zen, Garaunza SL enpresak behin eta berriz hirigintza-betebeharrak betetzen ez zituelako.

Sistema publiko horrekin bat (EAELHLren 159.2.a artikulua), jabeek nahitaez laga beharreko lurzorua jartzen dute, eta administrazioak urbanizazio-obrak egikaritzen ditu jabe horien kontura (EAELHLren 173.1 artikulua).

Gainera, unitatearen jabeei dagozkien zenbatekoak premiamendu bidean eskatzea ahalbidetzen du indarrean dagoen araubideak, oro har, lurzoruari buruzko legearen testu bategina onesten duen ekainaren 20ko 2/2008 Legegintzako Errege Dekretuaren 45. artikuluak (gaur egun, Lurzoruaren eta Hiri Birgaitzearen Legearen testu bategina onartzen duen urriaren 30eko 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren 59. artikulua), eta bereziki, 3288/1978 Errege Dekretuak abuztuaren 25ean onartu duen Hirigintzako Kudeaketaren Araudiaren 65.a), 127. eta 189.3 artikuluek (indarrean, ordezko izaeraz), baita Hipoteka Legea egikaritzeko Erregelamenduaren Arau Osagarrien ─Hiri izaerako ekintzak jabetza-erregistroan inskribatzeari buruzkoen─ 19.2 artikuluak ere (arauak uztailaren 4ko 1093/1997 Errege Dekretuaren bidez onartu ziren).

Bide hori, udal administrazioaren arabera, guztiz bidezkoa da, urbanizazio-kuotak zuzenbide publikoko sarrerak direlako, Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren 2016ko irailaren 14ko 378/2016 Epaiak eta apirilaren 5eko 119/2016 Epaiak egiaztatzen duten moduan. Premiamendu-bidearen egokitasuna, urbanizazio-gastuak ordaintzeko betebeharra betetzen ez denean, behin eta berriz berretsi da Auzitegi Gorenaren jurisprudentzian, esate baterako, 1994ko uztailaren 9ko AGEn (RJ 5964/1994).

Proposamena jasotzen duen txostenak ez du ukatzen EAELHLren 184. artikuluak desjabetze-prozedurara jotzea ere ahalbidetzen duenik, baina, kasu honetan, premiamendu-bidea normalagoa, ohikoa eta neurrikoa delako aukeratu da; gainera, desjabetze-prozedura aplikatzeko, aipatu artikulua jasotzen duen esparruari dagokion jarduketa-sistema ezarri beharko litzateke, eta ez lankidetza-sistema.

Enpresak dio desjabetze-prozedura aplikatu behar zela, eta ez premiamendu bidez kobratzeko eta ordainarazteko prozedura, baina ez du argudiorik ematen; udalak, berriz, lege-oinarriari buruzko azalpen xehea eta osatua eman du, baita bide hori eta ez beste bat aukeratzea justifikatzeko arrazoiak ere.

Dagoeneko aurreratu daiteke **Batzordeak ez duela ikusi erabateko deuseztasuntzat jo daitekeen prozedura-urraketarik**.

Aplikatu beharreko prozeduraren ordez beste bat aplikatzean datzan akats formala egin dela esateko, egiaztatu behar zen funtsezko akats bat gertatu zela, legean existitzen ez den bide bat edo legean ezarritakoarekin zerikusirik ez duen bidea erabili zelako.

Kasu honetan, ez dago halako desbiderapenik, horixe baita, lankidetza-sistema aukeratuta, hirigintza-ordenamenduak ezartzen duen urbanizazio-kuotak kobratzeko bidea, ordaindu ez badira.

Bistan denez, udalaren erabakiak —nola jardun enpresak hirigintzako betebeharrak bete ditzan, lankidetza-sistemaren bidez ala desjabetze-prozeduraren bidez— ondorioak izan zituen jarraitu beharreko prozeduran, baina kontu hori ez da espediente honetan jorratu, gogoan izan behar baita betearazpen-prozedura tresna hutsa dela.

Kudeaketa-prozeduraren eta betearazpen-prozeduraren arteko bereizketa oso argi dago zerga arloan, 2008ko ekainaren 25eko AGEk azaltzen duen moduan (RJ 6522/2008):

> Abiapuntu gisa, Sala honen 1996ko apirilaren 26ko epaian adierazi zenez (RJ 1996, 8595), 1963ko abenduaren 28ko Zergei buruzko Legeak, arlo horretan aspaldiko aplikazioaren printzipioari jarraikiz, bereizi eta banandu egiten ditu, batetik, zerga-kudeaketaren prozedura, zerga-zorra zehaztu eta kuantifikatzeko; eta bestetik, bilketa-prozedura, eta zuhurki xedatu du lehenengo arloko arazo eta kontuak ezin direla bigarren horretara ekarri. Izan ere, betearazpen-prozedura denez, izaera hori ematen dion titulu bat behar du hasteko, kasu honetan, premiamendu-probidentzia; hortaz, egintza betearazle hori bakarrik aurkara daiteke, aipatu Legearen 137. artikuluak zerrendatzen dituen arrazoi mugatuengatik, 1963ko abenduaren 28ko Zerga Lege Orokorraren 138. artikuluak, uztailaren 20ko 25/1995 Legeak emandako idazketan, honako hau xedatuta: "1. Premiamendu bidearen bidezkotasunaren aurka, bakarrik ondoko kontrakotasun-zioak izango dira onargarriak: a) Zorraren ordainketa edo amaiera. b) Iraungipena. c) Gerorapena. d) Likidazioa ez jakinaraztea, edo deuseztatzea nahiz etetea. 2. Premiamendu-probidentzia ez jakinaraztea premiamendu-prozeduran zehar burututako egintzak aurkaratzeko arrazoia izango da".

Aurkaratzeko kausa horiek koherenteak dira bilketa-prozeduraren izaerarekin, Konstituzio Auzitegiaren 73/1996 Epaiak (KAE), apirilaren 30ekoak, onartzen duenez:

> Zergei buruzko Legearen 137. artikuluari helduta, hasteko esan behar da artikulu horrek kontrakotasun-zioak arautzen dituela, premiamendu-probidentzia betearazle huts baten aurka; zalantzarik gabe, premiamendu-probidentzia hori arrazoi mugatu batzuengatik soilik aurkara daiteke, baina horrek, berez, ez du eraginik horren bidez betearazten den likidazioari aurre egiteko eskura dauden defentsa-baliabideetan. Dagoeneko 168/1987 KAEn (RTC 1987/168) adierazi denez, "horrelako probidentziak aurkaratzeko araubidea Zergei buruzko Lege Orokorraren 137. artikuluan eta Diru Bilketako Erregelamendu Orokorraren 95.4 artikuluan (RCL 1991/6 eta 284) dago jasota, eta aurkaratzeko zioen zerrenda mugatutzat jo behar da". Hitz batez, ez da beharrezkoa premiamendu-probidentziak likidazioaren irmotasunari lotuta egotea, ordaindu ez izanaren eta administrazio-egintza berehala bete beharraren ondorio hutsa izan daiteke eta.

Era berean bereizten dira hirigintza-kudeaketaren prozedura —kasu honetan, urbanizazio-gastuei dagokien zenbatekoa zehaztu eta kuantifikatzeko— eta, hala badagokio, ondoren datorren diru-bilketako prozedura; azken hori ere betearazlea da, besterik gabe.

Betearazpen-titulu gisa erabiltzen diren administrazio-egintzen, hau da, premiamendu- eta bahitura-eginbideak eragin dituzten egintzen erabateko deuseztasuna deklaratuta, hori betearazpen-egintza bakunera hedatzen da; izan ere, horren baliagarritasuna deuseztatutako egintzen menpe dago, betearazi beharreko ebazpenen efikazia ebazpen nagusiaren araberakoa delako.

Baina alderantziz ez da gertatzen; bilketa-prozeduraren deuseztasunak berez ez dakar prozedura horren euskarri diren administrazio-egintzak deuseztatzea, horregatik mugatu egiten dira erabil daitezkeen arrazoiak, eta, kasu honetan, hirigintza-kudeaketaren prozedurari loturikoek indarrean jarraituko lukete, baina horrek ez du desjabetzeko derrigortasun juridikorik ekarri behar.

Egintza horiek ordenamendu juridikoaren kontra daudela uste bada, ofiziozko berrikuspenak horien aurka egin behar zuen, eta, justifikatzeko, AJAPELren 62.1 artikuluan ezarritako erabateko deuseztasunaren kausa edo kausak aipatu.

Hala ere, enpresak ez du deuseztasuna aipatzen, hau da, ez du maiatzaren 28ko 32/2012 Alkatetza Dekretua aurkaratzen (horren bidez, jarduketa-sistema aldatzea erabaki zen); era berean, ez du argudiatzen urbanizazio-gastuak ordaintzea edo zorra kuantifikatzea ez dela bidezkoa, eskatzen dena enpresari dagozkion hirigintza-betebeharrak direla onartuta.

Baliteke egintza horiek ─2000ko urriaren 13ko AGEren hitzetan (RJ 7914/2000)─ bilketa-prozeduraren *prius juridiko* deiturikoa izatea, baina horrek ez du esan nahi auzipetu eta ondoriorik gabe utz daitezkeenik, aurkaratzen dena premiamendu- eta bahitura-eginbideak direnean.

Hala ere, Batzordearen ustez, ez dago eragozpenik udalaren jardunaren gakoa lehen aipatutako maiatzaren 28ko 32/2012 Alkatetza Dekretuan dagoela esateko; izan ere, ez-betetzea zuzentzeko lankidetza-prozedurari jarraitzeko erabakiak berez bideraezin bihurtu zuen desjabetzea, argi baitago desjabetze-prozedura hautatu beharko zela horretarako.

EAELHLren 184. artikuluak hirigintza arloko edozein eginbehar edo betebehar ez betetzeari eragin diezaiokeela kontuan hartuta, legeak berak jasotzen ditu araubide hori osatzen duten xedapenak.

EAELHLren 176.2 artikuluaren arabera, lege horretan ezarritako hirigintzako eginbehar eta betebeharrak ez betetzeak, inola ere, nahitaezko desjabetzea egiteko onura publikorako arrazoia badela ekarriko du, benetan bete daitezen bermatze aldera.

Bestalde, EAELHLren 177. artikuluak desjabetzeko hirigintza-arrazoien zerrenda jasotzen du; horien artean, bik hirigintza-betebeharren urratzeak ekartzen dituzte berekin (irisgarritasunari loturiko betebeharrak bete ez izanaren ondoriozkoa alde batera utzita): plangintza osorik edo zati batean egikaritzeko epeak, baita eraikitzeko eginbeharra ere, betetzen ez direnean [h) letra], eta higiezinak kontserbatzeko eta haien mantentze-lanak egiteko legezko eginbeharrak betetzen ez direnean [i) letra]. Era berean, kasu biak EAELHLren 190.1 artikuluan eta EAELHLren 203.4 c) artikuluan adierazten dira.

Printzipioz, legeak ez du jasotzen desjabetzea Hitzarmen Batzarrak edo jabe bakarrak beren betebeharrak betetzen ez dituztenean eman behar diren erantzun juridikoen artean (EAELHLren 160.5 artikulua), adibidez, honako hau betetzen ez badute: "Jarduketa-unitateari legeak, plangintzak edo hitzarmenak izendatutako urbanizatze-karga guztiak bere kontura izatea eta urbanizatzearen, azpiegituren eta zerbitzuen obra guztiak egikaritzea" (EAELHLren 160.2 d) artikulua).

Halakoetan, EAELHLren 165. artikuluak jarduketa-sistema aldatzeko eskubidea aktibatzen du; hain zuzen, udalak "edozein unetan aldatu ahal izango du jarduketa-sistema, hitzarmeneko legezko konpromisoak edo sistema hautatzeko oinarritzat hartu zen hitzarmeneko konpromisoak betetzen ez direnean".

Horrela, araubide pribatuko egikaritzea baztertuta, egikaritze publikora jo behar du, eta halakoetan —EAELHLren 165. artikuluak prerrogatiba mugatzen ez duela, hau da, irtenbide automatiko bakarra ezartzen ez duela kontuan hartuta— lankidetza-sistema edo nahitaezko desjabetze sistema hauta dezake, eta horretarako, berriz ere, EAELHLren 159.3 artikuluan xedatutakoa aintzat hartu beharko du. Horren arabera, "udalak askatasun osoz aukeratuko du gorago aipatutako jarduketa-sistemen artean. Horretarako, irizpide hauek erabil ditzake: plangintzaren helburuak ondoen betetzea, egikaritzeko epeak, udalak dituen ekonomia- eta finantza-baliabideak eta kudeaketa ahalmena".

Gogorarazi behar da martxoaren 20ko 61/1997 KAEk 1992ko Lurzoruaren Legearen testu bategina Konstituzioaren kontrakoa dela deklaratu zuela, legezko eginbeharrak ez betetzearen ondorioei dagokienez (nahitaezko desjabetzea edo salmenta); adierazi zuen, gainera, Estatuak legez defini dezakeela *causa expropiandi* delakoa, baina ezin duela:

> nahitaezko desjabetzea edo salmenta ez-betetze horiei eman dakiekeen erantzun juridiko bakar moduan ezarri, udalek, edo, aurrekorik egon ezean —eta ordezkatzearen teknika onargarria balitz— autonomia-erkidegoek nahitaez eta alternatibarik gabe egikaritzeko. Horrela, nahitaez egikaritu beharreko desjabetze ahala sortuko litzateke, hirigintza arloaren kudeatzaile diren erakunde publikoen kargura.
>
> Hiri-jabetzaren estatutuaren arauketa osoaren funtsezko helburu inspiratzailea (149.1.1 artikuluan jasotako eskumen-tituluarekin bat) —lurzoruaren jabeak urbanizatze-prozesuan eta ondoren datorren eraikuntza-prozesuan sartzea— erantzun juridikoko bide batean baino gehiagotan lortu ahal den bitartean, ez da beharrezkoa Estatuak aukera horietako bat bakarrik —desjabetzea (edo nahitaezko salmentaren alternatiba)— hautatzea eta legegile autonomikoari eta hirigintza-administrazio jarduleei aukera bidezko bakarra balitz bezala inposatzea, ondorioz, betebeharrak betetzen ez direla egiaztatuta, jabeak urbanizatze- edo eraikitze-prozesutik baztertu baino ezin baitute egin, eta haien ordez, administrazio kudeatzailea edo onuradun partikularrak jarri, ondoriozko zama bikoitzarekin: konplexutasun teknikoa eta garestia izatea (17.f OJ).

Laburbilduz, **udalari dagokio, Hitzarmen Batzarraren edo jabe bakarraren betebeharrak ez betetzeagatik, lankidetza-sistema edo desjabetze-sistema konpentsazioaren ordez aplikatzeko erabakia hartzea, legegile autonomikoak ezarritako irizpideei jarraikiz** (EAELHLren 159.5 eta 165. artikuluak).

Horretarako, kontuan izan behar du, gainera, desjabetze-sistema egikaritze-unitate osoan aplikatzen dela eta unitate horietako ondasun eta eskubide guztiak hartzen dituela bere baitan (EAELHLren 174.1 artikulua). Hortaz, desjabetze masiboa eta orokorra da, unitate osoari aplikatzekoa, plangintzak zehaztutako erabileretarako, kasu honetan, ekonomia-jarduerak ezartzeko.

Enpresak EAELHLren 165. artikuluaren interpretazioarekiko desadostasuna azal dezake legitimoki, eta hura aplikatzen duen egintza aurkaratu, baina ezin du zeharka egin, ondoren jarraitutako diru-bilketako prozeduraren ofiziozko berrikuspena eskatuz; halaber, ezin da agindu horren urraketa kasu bat bihurtu; printzipioz, legezkotasunik ezaren arazo bat da, eta hori ohiko bideei jarraikiz zuzendu (dagozkion errekurtso administratiboak eta jurisdikzionalak epean eta forman aurkeztuta) eta erabat deuseztatu beharko litzateke, aipatu egintza AJAPELren 62.1 artikuluan jasotako kausetako bati lotuta ez badago.

Udalak sektorea egikaritzeko hautatu duen sistemaren iraunaldia, baita ezarritako urbanizazio-kuotak ─berrikuste-prozeduraren xede izan ez direnak─ eskatu beharra ere abiapuntu hartuta, **ondorioztatu behar da premiamendu-prozedurak ez duela erabateko deuseztasuna eragin dezakeen akatsik, aipatutakoa kobratzea bidezkoa delako.**

16/2018 ABJI, par.: 77.etik 108.era

II. Hirigintza-tresnak

Gauzak horrela, **partikular bati jabari eta erabilera publikoko espazio libre gisa sailkatutako lursail batean eraikitzeko eskubidea ematen dion lizentzia bat, hain zuzen, bere titulartasunekoa den nekazaritza-ustiapenetik jasotzen dituen baratze-produktuak eta makineria gordetzeko eta ganaduarentzako belarra eta lastoa biltegiratzeko nekazaritza-pabiloi bat eraikitzeko**, **erabateko deuseztasunaren kasua da, titularrak proiektuan jasotako obra egikaritzeko funtsezko baldintzak betetzen ez dituelako.**

Interesdunak eraikitzeko eskubidea eskuratu du, funtsezko baldintza bete gabe: espazio librea izatera bideratuta ez diren lurretan eraikitzea.

Ez da eraikitzeko baldintzen ez-betetze puntual bat edo eraikuntza-parametroen aplikazio okerra, **baizik eta espazio libre batean egiten den eraikuntza bat**, espazio libreen eta eraikinen arteko banaketan eragiten duena.

Deuseztasunaren bigarren kausari dagokionez, aipatu bezala, Lurzoruari buruzko Legearen testu bateginaren 10.3 artikuluaren arabera, erabat deusezak dira "hirigintza-antolamenduko tresnetan aurreikusitako berdegune zein espazio libreen ordenamendua hausten duten administrazioaren eskuhartze egintzak".

Legegileak aspalditik erabat deusez deklaratu ditu hirigintzako plangintzan aurreikusitako berdeguneen edo espazio libreen zonakatzea edo hirigintza-erabilera urratuta ema-

ten diren lizentziak (abenduaren 2ko 158/1963 Legea, berdeguneei edo espazio libreei eragiten dieten hiri-antolamenduko planak eta urbanizazio-proiektuak aldatzeko baldintzei eta prozedurari buruzkoa, 2.1 artikulua; apirilaren 9ko 1346/1976 Errege Dekretuaren bidez onetsitako Lurzoruaren Araubideari eta Hiri Antolamenduari buruzko Legearen Testu Bateginaren 188.2 artikulua; eta ekainaren 26ko 1/1992 Legegintzako Errege Dekretuak onetsitako Lurzoruaren Araubideari eta Hiri Antolamenduari buruzko Legearen Testu Bateginaren 255.2 artikulua).

Urbanizazio estentsiboaren ondorio suntsitzaileak prebenitzeko ezarritako neurri bat da, erabilera publikorako espazioen kalitatea eta funtzionaltasuna bermatze aldera.

Auzitegi Gorenaren hitzetan [apirilaren 25eko epaia (RJ 3283/2014)], bermeei buruz, plangintzaren aldaketak espazio libre eta berdeguneen sistema orokorrak aldatzera bideratuta daudenetan:

> Helburu hori betetzera bideratutako aldaketak izapidetzeari begira, prozedura zorrotzago bat ezartzea autonomia-erkidego bakoitzaren zuzenbideari lotutako kontua izan arren, egia ere bada halako neurriak herritarren bizi-kalitatea eta ongizatea babesteko direla, eta, hortaz, bat etortzen direla lurralde eta hiriaren garapen iraunkorraren printzipioekin, Estatuko oinarrizko araudian ezarritakoekin [2008ko Lurzoruari buruzko Legearen testu bateginaren 2. artikulua, batez ere, 2. apartatua, c) letra] eta azken batean baita Konstituzioarekin ere, pertsonaren garapenerako giro egokia sortzen duten heinean (Konstituzioaren 45.1 artikulua).

Laburbilduz, garrantzi handieneko ondasun juridikoei eragiten zaie, eta garrantziarekin bat etorrita, estatuko legegileak hirigintza arloko erabateko deuseztasunaren berariazko kasu bat ezarri du berdeguneak edo espazio libreak kaltetzen dituzten egintzetarako.

Gauzak horrela, ondorioztatu behar da **egintzak aldaketa larria eragiten duela espazio libre izatera (hiri-parkea) bideratutako lurzoruan, eta aldaketak erabilera publikoari eragiten diola, horrekin bateraezina baita nekazaritza-pabiloi bat eraikitzea, partikular baten beharrak asebetetzeko**.

Nola edo hala, ikuspegi biak —AJAPELren 47. artikuluaren f) letrakoa zein g) letrakoa— bat datoz egintzaren testuingurua den sektoreko ordenamendura jo behar dela oinarrizko baldintzatzat zeintzuk jo daitezkeen zehazteko; kasu honetan, ikusi dugun bezala, Lurzoruari buruzko Legearen testu bateginak ezarri du baldintza —espazio libre izan behar ez duten lurretan eraikitzea—. Gainera, testu bateginaren arabera, egintza berez erabat deuseza da.

37/2018 ABJI, par.: 76.etik 85.era

Hala ere, bere izaerarekin eta edukiarekin bat etorrita, **aipatu Bateragarritze Plana behin betiko onartu zen eragindako bi udaletako osoko bilkuretan** —Sestao eta Trapagaranen—**;**

hortaz, plan horren xedapenen deuseztasuna ere biek deklaratu beharko dute, Trapagarango Udalak ezin du bakarka egin.

Gauza bera gertatzen da "Ibarzaharra 06" eta "Ibarzaharra 07" industria eta zerbitzuen areari dagozkien plan bereziekin, Bateragarritze Planaren egitura-antolamendua garatzen dutelako, eta, aurrekarietan esan dugunez, udal bietako osoko bilkuretan onetsi direlako.

Bestalde, plangintza-tresna horiek ofizioz berrikustea erabakitzen duen egintza deuseza izan daiteke, APELren 47.1.b) artikuluarekin bat, lurraldean eskumenik ez duen organo batek onartu duelako.

Alabaina, azaldu dugunez, irizpen hau eman baino lehen, Batzordeak Sestaoko Udalaren eskaera jaso du: osoko bilkurak aipatu Bateragarritze Planaren eta plan berezien edukiak ofizioz berrikusteko erabakia hartu du.

Hori dela eta, Trapagarango Udalaren uziari hasieran jarritako eragozpena makaldu egiten da, irizpen hau ematerakoan, Batzordeak Sestaoko Udalaren borondatearen ─hiru hirigintza-planen zehaztapen berberak ofizioz berrikusteko─ berri jaso duenean.

78/2018 ABJI, par.: 68.etik 72.era

Ikus 79/2018 ABJI, par. 46.etik 50.era

Espedientetik ondorioztatu denez, alegazioen izapidean parte hartu dutenen arabera, berrikuspenak eragiten dien antolamendu-tresnetan aipatutako ekipamendu komertzialen denda bat jartzeko zehaztapen mugatzaileak kentzeko, LHLn ezarritako izapideari jarraitu beharko litzaioke; hain zuzen, herritarrek parte hartzeko programa burutu ez izana salatu dute.

(…)

Berehala uler daiteke LHLn ezarritako planak eta dagozkion prozedurak berrikusi eta aldatzeko asmoek ez dutela loturarik (eta ezin dute baldintzatu) deuseztzat jotzen diren xedapen orokorrak berrikusteko ahalmena (administrazio publikoena) erabiltzearekin, berrikusten den xedapena plangintza-tresna izan arren eta deuseztasuna deklaratzeak horren edukiari eragin arren.

Alegaziogileek proposatutako izapideari jarraikiz gero, xedapen orokor baten deuseztasun-deklarazioak xedapena egiteko jarraitu den prozedurazko *iter* berberari jarraitu beharko litzaioke (XOEPL); arauen ofiziozko berrikuspenari buruzko lege-erregulazioak ez du tesi hori babesten (APELren 102. artikulua eta hurrengoak).

Azken gogoeta moduan, berrikuspen-prozeduraren baitako entzunaldian azaleratutako kontuei erantzuteko, **herritarrek parte hartzeko programa aplikatzea aztertu** behar da oraindik

(LHLren 108. artikulua), **alegaziogileen arabera, prozedura horretan nahitaez burutu beharreko izapidea baita.**

Kontuan izan behar da, LHLren 108. artikulua LHLn egitura-antolamenduko planak prestatzean herritarrek parte hartzea bermatzeko edukietan sartzen denez (aipatutakoaren arabera, lege-erregulazio horren printzipio gidarietako bat ─LHLren 8. artikulua─), herritarrek parte hartzeko programa edozein plan egiten, aldatzen edo berrikusten hasteko unean finkatu behar dela, eta udal bakoitzaren erabakiaren mende dagoela programaren edukia, parte hartzeko mekanismo zehatz batzuk bakarrik aipatuta: (i) jendaurreko bilkurak; batez ere hiria eraikitzeko erabaki estrategikoetan egindako aurrerapenak azaltzeko ─aldaketa garrantzitsuei dagokiola ematen du─; (ii) kontsultak egiteko aukera, eztabaida larriak daudenean; eta (iii) zabalkunderako materiala prestatzea, ekimen planifikatzailea herritarren artean zabaldu eta haiei ulertarazteko.

Ildo beretik jarraituz, LHLren 90.4 artikuluak xedatzen duenez, udalak plan orokorra idazteko oinarrizko irizpide eta helburuak zehaztuko ditu, jendaurreko erakustaldiaren eta herritarren eta erakundeen parte-hartzearen emaitzak aztertuta. Hala, planaren eduki, aldaketa edo berrikuspenaren ikuspegia ezartzeko, dauden plangintza-aukerei buruz herritarrek zer iritzi duten haztatzea helburu duen izapidea da.

EAEJANkhainbatetanazaldduduenez(besteakbeste,2015ekouztailaren20koJUR/2015/210745 Epaia), herritarrek parte hartzeko programaren zentzua eta helburua ulertzeko, kontuan izan behar da Auzitegi Gorenaren 2000ko urtarrilaren 15eko epaian (2172/1994 Errekurtsoa) azaldutako arrazoibidea, 2003ko urtarrilaren 23ko epaian ere aintzat hartu zena (5018/1999 Errekurtsoa). Hain zuzen ere, honako hau esan zen:

> … Kasazio-kausa azaldu den moduan, argi dago akats bat dagoela, Plangintza Erregelamenduaren (PE) 125.1 artikuluak plangintza-tresnak prestatzeko prozeduran betetzen duen funtzioari dagokionez. Errekurtsogileek auzialdian alegazioak aurkeztu izanak, PEren 128. artikuluarekin bat irekitako jendaurreko informazioaren izapidean, ez du zuzentzen, besterik gabe, prestatze-lanak jendaurrean jartzeko izapidea ez betetzea, fase horretan kontua ez baita ukitutako interes partikularrak defendatzea, Lurzoruari buruzko Legearen testu bateginaren 4.2 artikuluan ezarritako eskubidea baliatzea baizik, hain zuzen, herritarrek parte hartzeko eskubidea. Aipatutako PEren 128. artikuluan, eskubide hori beste modu batera adierazi da, Administrazioaren borondatea plana behin-behineko onartzean adierazita ireki den jendaurreko informazioaren izapidean ez bezala. Beraz, errekurtsogileak auzialdian defentsarik gabe geratu diren ala ez, hori ez da kontua, alegazioak jendaurreko jakinarazpen-fase formalean aurkeztu zituztelako; kontua da egindako arau-hausteak bete ez den izapidearen helburua ─arauak egiteko prozesuan ahalik eta herritar gehienek parte hartzea─ lortzea eragotzi duen ala ez. (….) PEren 125.1 artikuluan aurreikusitako jendaurreko erakustaldia plangintzaren egileak aukeretako bat hautatzeko borondatea azaldu aurretik egiten da, prestatze-lana herritarrek egin ditzaketen iradokizunekin aberasteko; jendaurreko informazioaren izapidean, aldiz, dagoeneko hartu den erabakia aditzera ematen da, eta, praktikan, hautatutako aukeraren kritika da, hautabideak proposatzea baino....

Bere ikuskapen-ahalmena baliatzean, **udalak ez du erabakitzeko tarterik, ez baitu hautabide desberdinak ─guztiak legezkoak─ onartzen dituen hautazko ahal bat erabiltzen bere lurraldeko esparru jakin baten egitura antolatzeko, baizik eta ahal arautu bat aktibatzen du, hain zuzen, ofizioz berrikusteko ahalmena, eta hori baliatzean, aginpidearekin eta legezko konfigurazioarekin bat, berrikusten duen egintza edo arauaren kasuan legeetan ezarritako deuseztasun-arrazoietako bat dagoen egiaztatu baino ezin du egin.**

Horiek horrela, herritarrek parte hartzeko programa ezin da aplikatu, lehenik, aztertutako kasua egiturazko antolamenduaren plangintzako figura bat egitea, aldatzea edo berrikustea ez delako; halakoetan, hain zuzen, eskatzen du LHLk aipatutako izapidea.

Bigarrenik, **prozedurazko izapideen interpretazio funtzional eta teleologikoa egiteko betebeharrak**, eta eskakizun hori ez da formalismo hutsa, baizik eta izapide horien helburuari lotuta dago, **agerian uzten du herritarren parte-hartzearen izapideak ez duela zentzurik berrikuspen-prozeduran, deuseztasunari buruz egin behar den epaiketan ez baitago lekurik ─administrazioak behin betiko erabakia hartuta─ alternatibak edo hobekuntzak proposatzeko, erabaki horrek legez mugatutako deuseztasun-kausei loturiko izapide zorrotzei jarraitu behar dielako.**

Ofizioz berrikusteko prozedurak, aldiz ─nahitaezkoa denez eta kasu honetan egin denez─, entzunaldian (APELren 82. artikulua) edota jendaurreko jakinarazpenaren bidez (APELren 83. artikulua), berrikuspen-prozedura hasi izana, xedea eta arrazoiak jakinarazi behar dizkie eskubideen edo interes legitimoen titularrei (APELren 4. artikulua).

78/2018 ABJI, par.: 73.etik 92.era

Honaino iritsita, aipatu behar da **hirigintza-planen zalantzarik gabeko balio arautzailea**, doktrinan eta jurisprudentzian finkatutako ideia; horren arabera, hirigintza-planak "…benetako arau juridikoak dira, erregelamendu-arauen izaera dute, sorburu duten legearen mende dauden neurrian; erregelamendu-arau horiek hierarkia irizpideekin bat integratzen dira ordenamenduan, funtzionaltasunaren eta lurralde-eremuaren arabera, eta aurrekoak ezin du urratu bere kausa jasotzen duena" (besteak beste, 1989ko apirilaren 24ko AGE).

Izaera horren ondorioz, besteak beste, **planen legezkotasunean egon daitezkeen akatsek erabateko deuseztasuna ekartzen dute beti, xedapen orokorrak inoiz ez baitira deuseztagarriak, erabat deusezak baizik**. Hala ezartzen du **APELren 47.2 artikuluak** (AJAPELren 62.2 artikuluaren ildora), eta jurisprudentziak behin eta berriz aplikatzen die hirigintza-planei (besteak beste, 2015eko azaroaren 27ko AGE, RJ 4971/2015); izan ere, **jurisprudentziak erabateko deuseztasunarekin zigortzen du hirigintza-antolamenduko tresnak izapidetzean egon daitekeen akats substantiboa edo akats formala**. Era berean, **hirigintza-plan baten deuseztasuna deklaratzeak, plan horri eragiteaz gain, hura garatu edo aplikatu duten gainerako planei ere eragiten die** ─ "bata bestearen atzetik deuseztatzea" delakoa─.

Kasu honetan, **epai irmoa daukagu, LPSren deuseztasuna deklaratu duena, ekipamendu komertzialak ezartzeko zehaztapen mugatzaileei dagokienez**. Halaber, egiaztatu dugunez, HAPOn, Bateragarritze Planean eta bi plan berezietan berrikusi beharreko zehaztapenak lurraldearen antolamendua eta hirigintza-antolamendua lotzeko beharra betetzean aplikatu ziren. Hori dela eta, **aipatu jurisprudentzia zuzen aplikatu nahi izanez gero, deuseztatu behar dira hirigintza-planetan LPStik datozen ekipamendu komertzialen gehieneko neurrien mugak jasotzen dituzten edukiak.**

Hala, Trapagarango Udalak proposatutako deuseztasun-deklarazioak **oinarri bikoitza du**. **Batetik**, Auzitegi Gorenaren epaietan azaltzen den arrazoibidearekin bat, **berrikusten diren hirigintza-zehaztapenak Zerbitzuen Zuzentarauaren eta azaroaren 23ko 17/2009 Legearen aurkakoak dira; ondorioz, APELren 47.2 artikuluan ezarritako deuseztasun-kausekin lotzekoak dira, hain zuzen, goragoko mailako araudiak urratu dituztelako eta lege-erreserbaren esparruan sartu direlako.**

Bestalde, zehaztapen horien jatorri zuzena LPSean dagoenez, **domino-efektua aplikatzearen ondorioz deuseztatu behar dira, hala defendatzen baitute doktrinak eta jurisprudentziak deuseztzat jotako plan batekin hierarkikoki lotuta dauden planen kasuetarako.**

Azaldutako gogoetek agerian jartzen dute **aztertzen den kasuaren berezitasuna**, **zirkunstantzia horiek egiaztatuta, ez bailitzateke beharrezkoa izango udalaren ikuskapen-ahalmena aktibatzea HAPOn eta berrikusten diren gainerako planetan jasotako zehaztapenak, deuseztatutako LPSri loturikoak, ondoriorik gabe uzteko.**

Egia esan, **2015eko irailaren 3ko AGEren ebazpena EHAAn argitaratu zenetik** (3408/2014 Kasazio Errekurtsoa) ─hau da, 2015eko azaroaren 9tik aurrera─, **ekipamendu komertzialak jartzeko mugek, hirigintza-plan horietan ezarritakoek, ez zuten oinarririk, eta, hortaz, ezin ziren erabili udal plangintza aplikatzen duen egintza bat modu baliagarrian baldintzatzeko.**

Merezi du gogoraraztea, **administrazio-egintzen araubidearen kasuan ez bezala**, AAJLren 72.2 artikuluarekin bat, **xedapen orokor baten deuseztasuna deklaratzen duten epai irmoek *erga omnes* ondorioak dituztela; ondorio horiek dagokion aldizkari ofizialean argitaratzen direnetik aurrera sortzen dira, deuseztatutako arauaren aplikazio-eremuaren arabera.**

Gauzak horrela, batetik, AAJLren 72.2 artikulua, eta bestetik, hirigintza-plan nagusia deuseztatzeko deklarazioak ─jurisprudentziaren arabera─ deuseztatutakoaren mende dauden planetan daukan eragina konbinatuz gero, esan daiteke printzipioz **epaiaren eraginpeko hirigintza-planak dituzten administrazio publikoek** (aztertutako kasuan bezala) **ez dute plan horiek ofizioz berrikusteko prozedura nahitaez izapidetu behar, LPSren eraginez plan horietan jasotako zehaztapenek ondoriorik izan ez dezaten.**

Plana aplikatu beharko duen eragile juridikoa behartuta egongo da establezimendu komertzialak ezartzeko zehaztapen mugatzailea aplikatzea saihestera, LPS deuseztatzeko deklarazio judizialaren berri jasota.

Hala ere, **bere udal-barrutian aplikatu beharreko hirigintza-planetako zehaztapenak, LPS deuseztatzeko deklarazio judizialaren eraginpean daudenak, "udal hirigintza-ordenamendutik" formalki baztertzeko, esanbidezko deuseztasun-deklaraziora jo behar da, kontsulta egin zaion udalak proposatzen duen moduan.**

Izan ere, erregelamenduko xedapen bat baliogabetu nahi izanez gero, ofiziozko deuseztasun-deklarazioaren bidez egin behar da, edo bestela, dagokion errekurtso zuzena edo ez-zuzena administrazioarekiko auzien bidean aurkeztu (behin eta berriz aipatzen diren Auzitegi Gorenaren epaien kasuan).

Aztertzen ari den kasuan, deuseztasun-deklarazioa **ofizioz berrikusi nahi da, udal hirigintza-arauek legezkotasunarekin bat datorren eduki formala izan dezaten, erabat deusezak diren edukiak desagerrarazita**. Ofiziozko berrikuspenetan ohi ez bezala, non nabaritzen baita legezkotasun printzipioaren eta segurtasun juridikoaren printzipioaren arteko tentsioa, **kasu honetan, hain zuzen ere, segurtasun juridikoaren printzipioa da, indarrean dagoen zuzenbidearen segurtasunaren alderdian** ─partikularren zuzenbidearekin batera─, **berrikusteko erabakiaren azken oinarria, berrikuspenaren helburua, labur esanda, legezkotasuna eta errealitatea elkartzea izanik.**

Horiek horrela, udal hirigintzako xedapenak berrikusteko proposamena APELk trazatutako bidetik doa; ez da galtzen mekanismo ikuskatzailearen izaera berezia, eta ez doa aipatu APELren 110. artikuluak ezarritako mugak baino haratago; muga horiek, hain zuzen ere, administrazio publikoei beren egintza edo arauak berriz aztertzeko aukera emateko ezarri dira. Aztertzen dugun kasuan, ez daude arriskuan denboran zehar kontsolidatutako egoerak, ekitatea edo interesdunen bidezko konfiantza.

Proposatutako berrikuspenak, hitz batez, LPS deuseztatzeko deklarazio judizialetik udal-barrutian indarrean dauden eta epai judizialak eragin dien hirigintza-tresnetarako ondorioak ateratzen ditu (materialki, 2015eko irailaren 3ko AGEn ─3687/2013 Kasazio Errekurtsoa─ burututako jarduketa bera egiten du).

Aztertzen den kasuan, berrikuspen-ahalmenaz baliatzeak (aplikatzailearen esparrura mugatutako aukeren aldean) zentzu osoa hartzen du, eragindako hirigintza-planak lau direla, eta horietako hiru udalerri mugakidearekin batera onartu direla ikusten denean.

Ikuspegi berean, beste alternatiba batzuen aldean, deuseztasuna deklaratu aurretik prozedura bermatzaile bat betetzen da (xedea argi eta garbi zehaztu, hirugarrenen iritzia jaso eta Batzorde honen nahitaezko txostena eskatuta); horrek areagotu egiten du berrikuspenaren ondoriozko erabakiaren segurtasun juridikoa.

Horri dagokionez, gogorarazi behar da hirigintzaz arduratzen den doktrinan ohikoa dela azpimarratzea, gehienetan, plangintza-tresnen deuseztapen judizialen ondorioak zehaztea konplexua dela, beste tresna eta betearazpen-egintza batzuekin konparatuta.

Ikuspegi honetan, LPS deuseztatzeak udal plangintzan dituen ondorioak zehaztea komeni dela ematen du, EAEko Administrazioak berak ondorio horiek 2016ko martxoaren 18ko Ebazpenaren bidez argitzea beharrezkotzat jo duela kontuan hartuta ─irizpen honen 26. paragrafoan horren zati bat kopiatu da─.

Trapagarango Udalaren egoeran, hirigintza-planetako lau deuseztapenaren eraginpean (horietako hiruk ─azpimarratzen dugunez─, gainera, udalerri mugakideari eragiten diote), zentzuzkoa da ofiziozko berrikuspenaren bidera jotzea, hirigintza-planetatik deuseztatu diren eta, hortaz, aplikatu ezin diren zehaztapenak segurtasunez baztertzeko.

Ikuspegi zabalago batean, ematen du berrikuspena **mekanismo egokia dela administrazio publikoen jarduna arautzen duten arauketa onerako printzipioak betetzeko.**

Izan ere, hirigintza-arauak ─aipatu bezala─ izaera orokorreko xedapen bereziak dira, baina ezin dituzte baztertu, oro har, esparru arautzailean segurtasun juridikoaren printzipioa gauzatzeko ezarri diren printzipio horiek. Printzipio horien bidez eskatzen zaie administrazio publikoei "araugintza-esparru egonkor, aurresangarri, integratu, argi eta segurtasuneko bat sortzeko, eta erraztasunak emango dituena ezagutzarako eta ulermenerako eta, ondorioz, pertsonek eta enpresek jarduteko eta erabakiak hartzeko" (APELren 129.4 artikulua). Eta, araugintza arloko jardunbide egokien esparrutik atera gabe, gardentasun-printzipioa aplikatuz, indarrean den araudia eskuratzeko irispide erraza, unibertsala eta eguneratua bermatzeko eskatzen da (APELren 124.5 artikulua).

Ildo berean, lehenago aipatutako informazio publikoaren printzipioa ─LHLren 9. artikuluan ezarritakoa─ aipatu behar da; horren arabera, administrazio publikoek interesdunen eskura jarri behar dute indarrean dagoen plangintzari buruzko informazio eguneratua.

Aplikatzen den zuzenbidearen argitasunari eta segurtasun juridikoari lotutako betebehar horiek administrazio publikoen jardun-esparru batean esanahi berezia hartzen badute, hirigintza-antolamenduaren esparruan izango da, arlo zabala eta konplexua baita; gainera, pertsona eta enpresa multzo handiari eragiten dio, eta askotariko jarduerak abiarazteko hartzen dituzten erabakiak baldintzatzen ditu.

Kasu honetan, nahikoa da dokumentu hau irakurtzea: "Normativa en vigor sobre la edificabilidad de uso comercial en las distintas áreas industriales y de servicios contemplados en el Plan General de Ordenación Urbana del Valle de Trápaga-Trapagaran" ─espedienteari erantsi zaio─, aplikatu beharreko udal hirigintza-araudiaren egoera argitu eta, LPSren deuseztasuna deklaratu ondoren, eragindako zehaztapenak esanbidezko adierazpen formalaren bidez deuseztatu behar dela konturatzeko.

Ondorioz, azaldutako guztiarekin bat, **ofizioz berrikusteko ahalmena deuseztatutako udal hirigintza-arauak baztertzeko erabiltzea**, LPSren deuseztasuna deklaratu ondoren, **bat dator zuzenbidearekin eta erraz egokitzen da segurtasun juridikoaren printzipiora; azken horrek, zalantzarik gabe, indarra galtzen du, arau horiek legezkotasunarekin bat ez datorren edukia badaukate, eta, objektiboki, akats bat eragin dezakete edo pertsonak zein enpresak nahasi, beren proiektuak garatzeko eta ekimenak bultzatzeko garrantzitsuak diren erabakiak hartu behar dituztenean.**

78/2018 ABJI, par.: 109.etik 134.era

III. Mugak ofiziozko berrikuspenetan

APELren 110. artikuluak Konstituzioak bermatzen dituen legezkotasunaren eta segurtasun juridikoaren printzipioen arteko oreka bilatzen du, beraz, xehe-xehe aztertu behar dira kasuan kasuko zirkunstantziak, egintza edo xedapen administratiboak ofizioz berrikusteko ahalmenak erabiltzerakoan.

Artikuluaren egituran bereizten dira, batetik, berrikuspen-ahalmenak erabiltzean mugak jartzea justifikatzen duten kasuak: akzioak preskribatzea, igarotako denbora eta bestelako gorabeherak; eta bestetik, epaitzeko erregela gisa jokatu behar duten elementuak: ekitatea, fede ona, partikularren eskubideak edo legeak.

Aztertu behar da denbora adierazgarria den, baina baita beste inguruabar batzuk ere, interes publikoaren eta gatazkan izan litezkeen beste interes batzuen gaineko eragina haztatzen laguntzen dutenak, aztergai dugun kasuan bezalaxe.

Irizpideei dagokienez, Batzordearen iritziz, erabateko deuseztasunak ekitaterako aukera bereziki oparoa ematen du, ekitatea kasu zehatz baten justizia gisa ulertuta, hau da, legea zurrunegia denerako ihesbide bat, hura itsu-itsuan eta mekanikoki aplikatzea arrazoizkoa ez dela dirudienean. Bestalde, fede onaren printzipioak jokabide subjektiboa kontuan hartzeko obligazioa ezartzen du, batik bat konfiantza legitimoaren babesaren printzipioa txertatzen duelako.

Kasu honetan, **interesdunak "bestelako zirkunstantziak" azaltzen ditu, egintza eman zen egunetik** (2014ko uztailaren 4a) **berrikuspen-espedienteari hasiera eman arte** (2017ko urriaren 30a) **igarotako denbora hiru urte baino zertxobait luzeagoa da; ofizioz berrikusteko epe gisa, berez, ezin da esan gehiegizkoa denik**, **deuseztagarritasun-kausak direla medio berrikuspena egiteko**, hau da, garrantzi gutxiagoko arau-hausteen kasuetan, kaltegarritasun-deklarazioa egiteko legezko muga, APELren 107.2 artikuluan ezarritakoa, **lau urtekoa delako**, administrazio-egintza eman zen egunetik hasita.

Bestelako zirkunstantzia horiek eraikuntzaren kokapena aldatzeko aukerarekin dute zerikusia, eraikina "Laudioko 1. poligonoko 821. lurzatiaren zatian" egiteko; lurzatiaren kategoria "basogintzarako lurzoru urbanizaezina" da.

Printzipioz, hirigintza-araudia urratuz emandako lizentzia deuseztatzeak eraikuntza eraistea dakar legez ezarritako ondorio gisa [2000ko otsailaren 7ko AGE (RJ 2000, 1935); 2001eko urriaren 15eko AGE (RJ 2001, 8289) eta 2008ko apirilaren 8ko AGE (RJ 2008, 2034)].

Interesdunak, arau-haustea aitortuta, eraikina beste lursail batean kokatzea adostea proposatzen du, proportzionaltasun-printzipioa oinarri hartuta.

2000ko apirilaren 28ko AGEk (RJ 2000, 4953), 2000ko uztailaren 14koak (RJ 2000, 6972), 2002ko urtarrilaren 15ekoak (RJ 2002, 609) eta urriaren 2koak (RJ 2002, 8858) adierazten dutenez, hirigintza arloan:

> proportzionaltasun-printzipioa bi motatako kasuetan aplika daiteke: a) ohiko kasuetan, antolamendu juridikoak bi baliabideren artean bat aukeratzea onartzen duenean; eta b), salbuespenez, eta onusteari eta ekitateari buruzko printzipioei lotuta, baliabide bakarra egonda ere, kasuan kasuko inguruabarrak aintzat harturik, baliabidea desegokia eta gehiegikoa dela argi eta garbi dagoenean.

Kasu honetan, ez dago baliabide biren edo gehiagoren artean hautatzerik; lursaila obrak egin aurreko egoerara itzultzea ordenamenduak nahi duen ondorio bakarra da, lursailak espazio librearen hirigintza-kalifikazioa izaten jarrai dezan. Horrek Administrazioa aukerarik gabe uzten duenez, ikustekoa da lehengoratze hori desegokia edo gehiegizkoa den.

Gauzak horrela, **printzipioa aplikagarria izan dadin, ondorioztatu beharko genuke garrantzi gutxiko eraikuntza-gehiegikeria dela, eta leheneratzeko (eraisteko) agindua neurrigabea dela, gehiegizko ondorioak dakartzalako.**

Hala ondorioztatzen da, adibidez, 1996ko uztailaren 16ko AGEtik (RJ 1996/5947):

> 1995eko urriaren 17an eman genuen epaian esan genuenez (RJ 1995\7703), 1955eko ekainaren 17ko Tokiko Korporazioetako Zerbitzuen Erregelamenduaren 6.1 artikuluan eta Toki-araubidearen oinarriak arautzen dituen apirilaren 2ko 7/1985 Legearen 84.2 artikuluan aipatzen den proportzionaltasun-printzipioa zuzen aplikatzeko, eraikuntza arloko gehiegikerien kasuan, honako hau hartu behar da abiapuntu: gehiegikeria horiek nahikoa txikiak izan behar dute, normaltasun urbanistiko zehatz batera egokitzeak muturreko neurri bakarra —eraistea— eskatzea saihesteko, nabarmenki horren kontra ez bada. Gainera, kontuan izan behar da Hirigintza Diziplinari buruzko Araudiaren 52. artikulua ezin eztabaidatuzkoa dela; izan ere, xedatzen duenez, Administrazioak inola ere ezin du eragindako ondasunak lehengoratzeko, hau da, legez kontrako egoeraren aurretiko egoerara itzultzeko neurriak hartu gabe utzi, eta agindu horrek zehaztasun handiena ezartzen du printzipioa aplikatzeko orduan.

Alabaina, printzipioa aplikagarri izateko, oro har, interesdunak obra osoa edo ez-betetzeak eragiten ez dion zati bat mantentzeko eskatu beharko luke, ahal bada.

Hala ere, kasu honetan, **eskaerak ez du halakorik jasotzen; horren ordez, interesdunak, ordenamendu urbanistikoa nabarmen urratu dela onartuta, konpentsazio moduan edo, beste obra-lizentzia bat eskatzen du, pabiloi bera beste toki batean eraikitzeko.**

Hau da, gauza bat da erabateko deuseztasuna mugatu edo horren ondorioak murriztu ahal izatea, eta beste bat, oso desberdina, berrikusi beharreko egintzaren edukia jakin gabe Administrazioak beste baimen bat ematea, beste toki batean eraikitzeko eskubidea onartzen duen administrazio-erabakia emanez.

Udal idazkariak bere txostenean adierazi duenez, egiatan, eraikina ez da lekualdatuko, baizik eta eraikin berri bat eraikiko da, eta horretarako, dagokion lizentzia eskuratu behar du interesdunak; lizentzia horren izaera juridikoa administrazio-baimen objektiboa, arautua, neutrala eta benetakoa da, eragiten dion lurrari lotuta dagoelako.

Halaber, komenigarria da 2000ko otsailaren 21eko AGE (RJ 2000/1957) aipatzea:

> Obra-lizentziak, funtzionamendua baimentzea eskatzen duten baimenak ez bezala, ekintza bakarra eta zehatza burutzeko ematen dira, aplikagarri diren plangintza-arauekin bat. Hori dela eta, baimena ematen duen Administrazioak benetako egoera ─baimena eman behar den unekoa─ egiaztatu behar du, obra interes publikoa bermatzeko ezarritako arauetara egokitzen den ala ez erabakitzeko; horrek justifikatzen du egintza horren "ex ante" kontrol bat egitea.

Hitz batez, **interesdunak ezin du alde batera utzi berrikusi nahi den egintza ─nekazaritza-pabiloia eskatu zen kokapen jakin batean eraikitzeko lizentzia─ eta beste egintza bat bihurtu ─nekazaritza-pabiloia beste toki batean eraikitzeko lizentzia─, Administrazioak igorri ez duen egintza horri dagokionez, APELren 110. artikuluan jasotako berrikuspen-mugen aplikagarritasuna aipatzeko.**

Aurrekoak esan nahi du ezin dela interesdunaren uzia onartu; hala eta guztiz ere, gogorarazi behar da APELren 110. artikuluak babestu nahi dituela egintzaren legezkotasun-itxuran konfiantza jarri zutenen onustea eta eskuratu zituzten eskubideak.

Ildo horretan, AAC jaunak alegatzen du une guztietan udalak antolatutako truke baten testuinguruan jardun duela, eraikina hirigintza-antolamendura egokitzen dela pentsatuz, eta obrak *motu proprio* bertan behera utzi zituela, eman zioten lizentziarekin arazo bat dagoela jakin zuen unean.

Kasu honetan, hala ere, **hirigintzako legezkotasuna babestea da nagusi, arau-haustea espazio libre gisa kalifikatutako lurzoruan gertatzen denean; berrikuspenak sortuko dituen aurkako ondorioak ─eraikitzen ari den pabiloia eraistea (materialki gauzatzearen aurrekontua: 23.200 euro)─ ez dira nahikoa garrantzitsuak eta indartsuak horrelako garrantzia duen akats bat duen egintza baten ondorio juridikoak mantentzeko.**

Bestalde, **truke-prozeduraren gorabeherak ezagutzen dituenez, izan ere, bere idazkian luze eta zabal azaltzen ditu, seguru asko jakinaren gainean zegoen lizentziak eman zion eskubideak ─bere jabetzakoa ez zen lursail batean eraikitzeko─, gutxienez, dagokion truke-kontratua ─Kode Zibilaren 1538. artikuluak arautzen duena─ sinatzea eskatzen zuela**.

Are gehiago, **ekintza hori egin aurretik, plana berrikusi eta lurzoruaren kalifikazioa aldatu behar izan zen**, lursailen konfigurazioa eta Laudioko HAPOko lurzoruaren sailkapena aldatzeko (1. poligonoko 821. lurzatia sortu beharra, nekazaritza-erabilerako lurzoru urbanizaezinaren sailkapenekoa, espazio libreen sistema orokorrekoa eta hiri-parkearen kategoriako 1. poligonoko 818 lurzatitik bereizita), eta horrek, bestalde, besterentzea ahalbidetuko zuen, TEOEren 8.4 artikuluarekin bat, hiri-antolamenduaren planak behin betiko onartzeak ondasunen kalifikazio juridikoa eragiten baitu automatikoki, eta jabari publikoaren desafektazioa gertatzen da.

Kasu honetan, **zaila da defendatzea udalak, itxuraz, bere eskumenak normalki gauzatzen zituela, horretarako aldez aurretik bete beharreko baldintza juridikoak betetzen ez zituen obra bat egiteko lizentzia eman baitzuen;** interesdunaren aldetik, ez zen bidezkoa lizentziak ohiko gutxieneko baldintzak betetzen zituela uste izatea.

37/2018 ABJI, par.: 93.etik 116.era

9. kapitulua. ADMINISTRAZIO PUBLIKOAREN KONTRATUAK

I. Kontratua azkentzea

A) Kontratua suntsiarazteko arrazoiak

Epeak betetzen berandutzea

Kontratua suntsiarazteko lehen arrazoia, ebazpen-proposamenaren arabera, zuinketa egiaztatzean justifikaziorik gabeko atzerapena da. Horretarako, SPKLren 245. artikulua hartzen du oinarri, baita administrazio-klausula berezien agiriaren 26. klausula ere.

SPKLren 245. artikuluaren a) apartatuan, kontratua suntsiarazteko kausen artean, zuinketaren egiaztapena arrazoi justifikaturik gabe berandutzea jasota dago; kausa hori, era berean, administrazio-klausula berezien agiriaren 26. eta 34. klausulek jasotzen dute, eta azken horrek SPKLan ezarritakoa kopiatzen du.

Batzordearen iritziz, hala ere, Administrazioari kontratua alde bakarretik suntsiarazteko aukera ematen dion arrazoia izan arren, ebazpen hori ezin da automatikoki aplikatu, udalak egin nahi duen moduan.

Zuinketaren egiaztapena kontratua burututa dagoenean egiten da, eta esan nahi du obra bat egiteko aurreikusten den euskarri fisikoak, ordura arte proiektuan bakarrik existitzen denak, alde bien interesen aldekoa dela; bestela esanda, obraren errealitate geometrikoa eta normaltasunez egikaritzeko behar diren lurren eskuragarritasuna egiaztatzean datza; horregatik hertsiki eskatzen da Administrazioan obrak egiteko ardura duen zerbitzuaren ordezkari bat eta kontratista bertan egotea. Orduan, eta obrak egingo diren lurrean, kontratistak egokitzat jotzen dituen eragozpenak formula ditzake, proiektuaren akatsak barne; izan ere, hori egin ezean, gero kontratua bete behar du proiektuan eta Administrazioak emandako baldintza teknikoetan ezarritako moduan, beste gorabehera batzuk sortzen ez badira, jakina.

Bai kontratistarentzat, bai Administrazio kontratatzailearentzat funtsezko izapidea da zuinketa egiaztatzea. Lehenengoarentzat, kontratuzko erantzukizuna —obraren formari eta egikaritze-denborari dagokienez— egiaztapen-agiria egin ondoren hasten delako. Bigarrenaren kasuan, egiaztapen-agiria eginda, kontratistak eragozpenik azaldu ez badu, kontratua burutzeko epea aurreikus daitekeelako.

Alabaina, izapide horretan bai Administrazioak, bai kontratistak parte hartu arren, alde biek ez dute protagonismo bera, ez behintzat, proiektuaren eta bideragarritasuna egiaztatzearen alde teknikoei dagokienez, hori, Auzitegi Gorenaren 2003ko urriaren 3ko AGEk adierazten duenez (RJ 2003\7797), Administrazioaren esku dago eta. Horrenbestez, Administrazioaren ekimena —izapide hori betetzeko— ezinbestekoa da.

Ondorio horietarako, argigarria da Andaluziako Justizia Auzitegi Nagusiak apirilaren 28ko 580/2008 Epaian adierazitakoa (JUR 2008\377779):

> Ikusi da alde biek zuinketaren egiaztapena berme propiotzat hartu behar dutela, eta obra-kontratua egikaritzea une honetan hasten dela; obra-kontratuan funtsezkoa den izapide bat betearazteko betebeharra, logikoa denez, Administrazioari dagokio. Ezin da bestela izan, Administrazioari baitagokio kontratua betetzen dela zaintzeko ardura, eta hori ezin da hasi, zuinketa egiaztatzen ez bada. Hori dela eta, Administrazioak deitu behar du kontratista, egintza hori burutzeko.

Kontratua suntsitzeko arrazoi nagusiari dagokionez, espedientearen arabera, udalak ez du egintzarik edo gestiorik egin zuinketa egiaztatzeko izapidea betetzeko; kontratuan ezarritako epea eta hori ez dela betetzen gogorarazi du bakarrik.

Testuinguru horretan, **epea amaitzea ezin da kontratistaren ez-betetzetzat jo, udalak zuinketa egiaztatzeko deitu ez badu**; lehen esan bezala, Administrazioak deitu behar du enpresa izapidea gauzatzeko, eta hori dagokion aktan jaso behar du.

Kontratistak argudiatzen duenez, zuzendaritza fakultatiboak ez zion zuinketaren egiaztapena egiteko jakinarazpen formalik helarazi, eta uztailaren 26an eta 27an telefonoz kontaktatzen saiatu zen —efekturik gabe— udaleko arduradun batekin, bilera egiteko eta obra hasteko jarraibideak ezartzeko. Halaber, alegatzen du uztailaren 30ean enpresako kudeatzailea obren eremura hurbildu zela zuinketa-data zehazteko, baina "udaleko inor ez zela agertu".

Udalak zalantzan jartzen ditu enpresaren hitzak, "abuztuan telefonoa hartzen duten langileak badaudela" esanez.

Hala ere, kontu hori azkenean garrantzirik gabea da, itxura guztien arabera, udalak ez baitzion enpresari dei formalik egin izapidea betetzera gonbidatzeko; izan ere, enpresari deitzea udalaren ardura denez, izapidea betetzeko epea ez betetzea ezin zaio enpresari leporatu.

Kontratua suntsiarazteko lehenengo arrazoi hori baztertuta, udalak azaldutako gainerako kausak aztertzeari ekin behar diogu, hala ere, ezer baino lehen, aipatu behar da kontratua suntsiarazteko espedientean azaltzen diren gainerako ez-betetzeak beste erakunde bati egotzi behar zaizkiola. Zuinketaren egiaztapena justifikaziorik gabe berandutzea berariaz jasota dago kontratua suntsiarazteko arrazoien artean, bai SPKLn, bai administrazio-klausula berezien agirian; hala ere, gainerako ez-betetzeak SPKLren 211. artikuluan xedatutakoaren testuinguruan aztertu behar dira, hau da, honako hau aintzat hartuta: "kontratua suntsiarazteko kausa izango da funtsezko gainerako betebeharrak ez betetzea, baldin eta azken horiek halakotzat kalifikatu badira baldintza-agirietan edo kasuko deskripzio-agirian".

Kontratuan esanbidez jasotako kasu horietarako, legeak berak honako baldintza hauek ezartzen ditu: i) 34. artikuluaren 1. apartatuak itunen askatasunerako ezartzen dituen mugak errespetatzea betebehar horiek; eta ii) zehaztasunez, argitasunez eta modu zalantzagabean

aipatuta agertzea baldintza-agirietan edo deskripzio-agirian; klausula orokorrak ez dira onartuko.

Administrazio-klausula berezien agiriaren 34. klausulak berariaz aipatzen du "kontratua suntsiaraztea", eta edukiari dagokionez, ondorio horietarako esanguratsua den guztia egitateen azalpenean kopiatu dugu dagoeneko.

Lan-programa aurkezteko epea ez betetzea ere alegatu da; horri dagokionez, administrazio-klausula berezien agiriaren 26. klausulak ezartzen du, hain zuzen, kontratistak lan-programa bat aurkeztu beharko duela, justifikatutako arrazoiak daudenean salbu, eta, eranskin moduan, esleipendunak lanak egiteko beharrezko irizten duen plantilla zehaztu beharko du kategorien arabera, berak duen plantilla ere adierazita.

Administrazio-klausula berezien agiriaren 34. klausulak kontratua suntsiarazteko kausei buruz ezarritakoaz gain, agiriaren 33. klausulako apartatuak ("Zigorrak, prestazioa ez gauzatzeagatik edo akatsez gauzatzeagatik") oso larritzat jotzen du 28. klausulan ezarritako kontratua betetzeko baldintza berezietako bat ez betetzea, eta kontratua suntsiarazteko kausa izango direla gaineratzen du. Alabaina, aurreikuspen hori oso urrun dago SPKLren 211. artikuluak eskatzen duen argitasunetik, hortaz, kasu honetan ere ezin da suntsiarazteko kausa aplikatu, ez behintzat, udalak egin duen modu automatikoan.

Administrazio-klausula berezien agiriak berak, zerrenda zehatz, argi eta zalantzagabea eman beharrean, betebeharra jasotzen du, baina ez du kontratistak betebehar hori betetzeko eperik ezartzen; gainera, baztertu ezin diren hainbat ñabardura egiten ditu. Hala, lan-programari dagokionez, ez aurkezteko edo berandu aurkezteko "justifikaturiko arrazoia" aipatzen da, eta administrazio-klausula berezien agiriak berak ezartzen du kontratua suntsiarazteko kausa izango dela, "gertaera hori salbuespentzat jotzen bada eta onbideratzeko aukera ikusten bada izan ezik, edota kontratua suntsitzea zerbitzuaren intereserako komenigarria ez dela ikusten bada; kasu horietan, kontratua suntsitu ordez, dagokion zigorra ezarriko da".

Gainera, kontratua suntsiarazteko kausa hori zehaztasunik eta argitasunik gabe ezarri denez, ohartarazi behar da, administrazio-klausula berezien agiritik ondoriozta daitekeenarekin bat etorrita ere, **errua funtsezkoa dela kontratua kausa horregatik suntsiarazi behar den ala ez ebazteko**; erruari buruzko ondorioa ateratzeko, kontratistaren jokabidea ohiko ardura eredu batekin konparatu behar da, eta horretarako funtsezkoak dira kasuaren zirkunstantziak. Era berean, kontratuen arloan, Zuzenbideko printzipio bat da, jurisprudentziak behin eta berriz errepikatua, hitzartutako betebeharren ez betetze errudunarengatiko kontratu-suntsiarazpena gertatzen bada, beren-beregiko egintza edo omisio argi bat behar dela, betebehar horiek bete nahi ez direla erakusten duena.

Hitz batez, administrazio-klausula berezien agiriaren argitasunik eza alde batera utzita, udalak planteatu duenez, kontratua suntsiarazteko kausa —lan-programa aurkeztea— **dagoen ala ez erantzuteko, halabeharrezkoa da instrukziogileak kontratistaren jarduketa aldez aurretik aztertzea, eta kasu honetan ez da egin**.

Arrazoi berberak direla medio, **ezin da kausatzat jo Laneko Segurtasun eta Osasun Plana aurkeztu ez izana**. Kasu honetan, administrazio-klausula berezien agiriak berak, 28. klausulan, ezartzen du dokumentu hori epean ez aurkeztearen ondorioa, ohartarazten baitu kontratistak horretarako ezarritako epeak betetzen ez dituelako obrak egiten hasteko modurik ez balego, ezingo duela inongo luzapenik eskatu. Hortaz, lan-programa aurkezteko epea ez betetzearen ondorioz kontratua burutzeko epea laburtzea ekarriko luke, baina ez automatikoki suntsiaraztea.

Udalak alegatzen duen beste ez-betetze batek (udalaren iritziz, kontratua suntsiaraztea eragin dezakeena), lan-arriskuen prebentzioari buruzko dokumentazioarekin du zerikusia. Kasu honetan, administrazio-klausula berezien agiriak, era berean, 10 eguneko epea ezartzen du, kontratua formalizatzen denean hasten dena, eta betebehar hori kontratua ez betetzeagatik edo betetzean akatsak egoteagatik ezar daitezkeen zigorren araubide beraren menpe dago (araubidea lehenago aztertutako administrazio-klausula berezien agiriaren 33. klausulan aurreikusita dago, eta ondorio berberak ditu).

Kausa honi dagokionez, azpimarratu behar dugu **udalak, kontratua formalizatu ondoren, ez du burutu hura betetzen hasteko jarduketarik, eta ez dio kontratistari errekerimendurik bidali** hark dokumentazioa aurkezteko epeak bete ditzan. Berriz ere, lehenago arrazoitu dugunez, **automatikoki aplikatu nahi da kontratua suntsiarazteko kausa bat, ez legeak, ez administrazio-klausula berezien agiriak, suntsiarazteko kausatzat jotzen ez duten arren.**

Arrazoibide hori, azkenean, berdin aplikatzen zaio kontratua suntsiarazteko erabili nahi den azken kausari: **obra egin bitartean sortuko diren eraikuntza eta eraiste hondakinei loturiko betebeharrak betetzeko modua azaltzen duen plana aurkezteko epea ez betetzea. Kasu honetan, kontratua suntsiarazteko kausa administrazio-klausula berezien agirian ezartzeko orduan argitasunik eta zehaztasunik ezaz gain, dokumentazioa lanak hasi aurretik aurkeztu behar dela ezartzen du agiriak; lanak ez dira hasi, une hori zuinketaren egiaztapenean mugatzen delako, eta funtsezko izapide hori bete ez izana, azaldu dugun bezala, udalaren jarduerarik ezari egotzi behar zaio.**

Hitz batez, organo aholku-emaile honi helarazitako espedienteak jasotzen dituen gorabeherak ikusita, ez dago kontratistari egotz dakiokeen justifikatu gabeko atzerapenik zuinketa egiaztatzean, ezta kontratuaren funtsezko elementu bat ez-betetzerik, SPKLren 211. artikuluan eta administrazio-klausula berezien agirian aurreikusitako moduan. Hori dela eta, Batzorde honek ezin du udalak proposatutako kontratu-suntsiarazpenaren aldeko irizpenik eman.

165/2018 ABJI, par.: 22.etik 46.era

Kontratuko gainerako funtsezko betebeharrak ez betetzea

Zeanuriko Udalak hainbat udal eraikin garbitzeko zerbitzua emateko kontratua suntsiarazi nahi du, SPKLTBren 223. artikuluaren f) apartatua arrazoitzat hartuta: kontratuko funtsezko obligazioak, agirietan edo kontratuan halakotzat ezarri direnak, ez betetzea.

Erabakia arrazoitzeko, udal idazkariaren txostenak, egitateei buruzko apartatuan adierazi bezala, kontratua ez-betetzetzat jotzen diren hainbat zirkunstantzia batera gertatzea aipatzen du.

Alde batetik, modu orokor samarrean azaldu da "garbiketa ez dela behar bezala egiten", eta gero, ikastetxeen eraikinean, bi egunetan gertatutako ez-betetze puntualak aipatzen dira (2017ko abenduaren 15ean eta 18an). Azkenik, adierazi da beste gabezia batzuen berri eman zaiola enpresari, telefono bidez; jarri zen adibide bakarra honako hau zen: udaleko eskailera erabat bustita zegoela, garbiketa egin eta 4 ordutara.

Horiek horrela, **SPKLTBren 223. artikuluaren f) letrak** suntsiarazpen-arrazoitzat hartzen du, hain zuzen ere, kontratuko gainontzeko funtsezko obligazioak, pleguetan edo kontratuan halakotzat ezarri direnak, ez betetzea.

Sektore publikoko kontratuen legea onartu aurretik, Herri-administrazioetako kontratuen Legearen testu bateginak (ekainaren 16ko 2/2000 Legegintzako Errege Dekretuaren bitartez onartu baitzuten) kontratu administratiboak suntsiarazteko arrazoien artean zekarren (111.g artikulua) "kontratuko gainerako funtsezko betebeharrak ez betetzea".

Formulazio hori indarrean zegoela, doktrina honek hartu zuen indarra: Administrazio batek kontratu administratibo bat alde bakarretik suntsiarazteko erabakia babesten zuen interes publikoak nahitaez eskatzen zuen neurri hori ikusitako ez betetzearen mailaren heinekoa izatea; horrenbestez, ez betetze txiki batek ez luke suntsiarazpena zilegituko. Estatu Kontseiluak agerian utzi ohi zuenez (1979ko martxoaren 1eko eta 1988ko ekainaren 9ko irizpenak, besteak beste), **ez-betetze larri edo garrantzizko bat behar zen neurri hori hartzeko, eta, Herri-administrazioen Kontratuen Legearen testu bateginaren 111.g) artikuluak berak zioenez, ez-betetzeak kontratuko funtsezko betebehar bati eragin behar zion.** Jurisprudentziak ere ildo beretik jo du (Auzitegi Gorenaren 1992ko apirilaren 2ko eta 1999ko apirilaren 20ko epaiak, besteak beste).

Sektore Publikoko Kontratuen Legearen 206.g) artikuluak sartu, eta SPKLTBren 223. artikuluaren f) letrak mantendu zuen berrikuntza bat: kontratua suntsiaraztearen ondorioetarako funtsezko ez betetzetzat jotzea kontratuko gainontzeko funtsezko obligazioak, pleguetan edo kontratuan halakotzat ezarri direnak, ez betetzea.

Oro har, doktrina bat dator: SPKLTBren erredakzio horrek mugak jarri nahi dizkio —kontratu-dokumentuen erredakzioan segurtasun juridikoa eta zorroztasun bermatu nahirik— interpretazio-abusu batzuei, praktika administratiboan funtsezkotzat jotakoaren ingurukoei, behar bes-

teko zehaztasunik eta proportzionaltasunik gabe idatzitako kontratu-agiri edo -pleguen ondoriozkoak baitira, askotan.

SPKLTBren 223.f) artikuluaren erredakzio berria, horrenbestez, aurrerapena da Administrazioak bere prerrogatiba indartsu eta berezienetako bat zer kasutan erabil dezakeen zehazteko, eta kontratu-agiriak edo -pleguak tentuz eta arretaz prestatu beharra azpimarratzen du, kontratuaren exekuzioan sor litezkeen arazoei erantzun egokia eman ahal izateko, plegu eta kontratu generikoak erabiltzeari uko eginda.

Sektore publikoko kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Lege berria ─Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014ko otsailaren 26ko 2014/23/EB eta 2014/24/EB Zuzentarauak Espainiako ordenamendu juridikora ekartzen dituena─ indarrean jarri ez den arren, eutsi egin dio ildo horri, baita sakondu ere, 211. artikuluan, honako hau ezarrita: kontratua suntsiarazteko kausa izango da funtsezko gainerako betebeharrak ez betetzea, baldin eta azken horiek halakotzat kalifikatu badira baldintza-agirietan edo kasuko deskripzio-agirian, baldintza bi hauek betetzen direnean: I) 34. artikuluaren 1. apartatuak itunen askatasunerako ezartzen dituen mugak errespetatzea betebehar horiek; II) zehaztasunez, argitasunez eta modu zalantzagabean aipatuta agertzea baldintza-agirietan edo deskripzio-agirian; klausula orokorrak ez dira onartuko.

Kontratua suntsiarazteko kausa horri egindako hurbilketa esanguratsua da gure ondorioetarako, kasu honetan udalak HAKLTBren 223. artikuluaren f) apartatuan aipatzen den kausa alegatzen duelako; agindu horrek, era berean, pleguak aipatzen ditu. Hala ere, kontratu-dokumentu horren klausulak xehetasunez aztertuta, Batzordea ez dator bat udalak proposatutako suntsiarazpen-kausaren bideragarritasunarekin.

Lehen batean, eta EHUk SPKLTBren 223. artikuluaren f) letrak xedatu duenaren arabera, funtsezko betebehar bat ez betetzearen ondoriozko suntsiarazpenak hau eskatzen du: funtsezko betebeharra formalki halakotzat jasota egotea kontratuaren arauetan. Hala dio, baita ere, Kontratazio Administratiboaren Aholku Batzordeak 2012ko uztailaren 17ko 63/11 txostenean; izan ere, kontratuan aurreikusitako betebehar bat funtsezkoa izango bada, bi baldintza bete behar dira: lehenengoa, beren-beregi ezarri izana, eta bigarrena, hala jasota egotea pleguan edo kontratuan. **Administrazio-baldintza partikularren pleguak kontratu-betebehar bat funtsezkotzat jotzen ez badu, betebehar hori ez betetzea ezingo da izan Administrazio Publikoak suntsiarazpena baliatzeko arrazoi edo kausa** SPKLTBren 223. artikuluaren f) letraren eta 224. artikuluaren arabera. Egin-eginean ere, xedapen horiek, erregelamendu orokorraren 67.2.p) artikuluarekin batera, hau exijitzen dute: pleguak edo kontratuak funtsezkotzat jotzea, beren-beregi, kontratu betebehar horiek, hots, suntsiarazpen-kausa edo arrazoitzat jo nahi den ez betetzearen xedekoak.

Zalantzarik ez, beraz: bi baldintza horiek betez gero, Administrazioak berehala erantzun diezaioke funtsezko ez betetze bati, kontratua suntsiarazita, bestelako inguruabarrik egiaztatu beharrik gabe.

Administrazio-kontratazioaren testuinguruan, Batzorde honek ere onartu du puntualki, salbuespen gisa beti, kontratu administratibo baten barruan ez-betetze batzuk gerta daitezkeela, eta horiek, pleguan edo kontratuan funtsezkotzat aurreikusi edo jo ez badira ere, kontratua suntsiarazteko aukera emango diote, edo kontratua suntsiarazteko beharra ekarriko diote Administrazioari. Hala, kontratu bat suntsiarazteko erabakiaren aldeko irizpena eman dugu, kontratistak legez ezarritako eta funtsezkotzat jotako betebeharrak urratu dituelako (20/2015 Irizpena), baina, halaber, onartu dugu aukera hori irekita geratu behar dela ez-betetzeak kontratuaren prestazio nagusiari eragiten dion kasuetarako, kontratistaren jardun okerraren ondorioz kontratuaren xedea hondatzeraino (111/2016 Irizpena). **Azken aukera hori esanbidez adierazi da azaroaren 8ko 9/2017 Lege berriaren 211. artikuluaren f) apartatuan, kontratuaren betebehar nagusia ez-betetzea berariazko suntsipen-kausatzat jotzen delako.**

Nolanahi ere, kasu honetan, Batzordeak ez du kontratua egikaritzean ikusi legearen ez-betetzerik, kontratua betetzean eragin berezia izan dezakeenik; halaber, instruitutakoa ikusita behintzat, ez dugu ikusten kontratuaren betebehar nagusiari oro har eragiten dion ez-betetzerik, behin eta berriz errepikatzen denik. Azken adierazpena honako honetan egiaztatzen da: administrazio-klausula berezien agiriak berak ematen du zigor ekonomikoak ezartzeko aukera, kontratuko puntu batzuk betetzen ez direnean, baita ez-betetze horiek oso larritzat jotzen direnean ere.

Administrazio-klausula berezien agiriak, udalaren iritzia argitzen lagundu beharrean, betetze akastuna eta kontratuaren xedea zati batean betetzea jasotzen ditu 30. klausulan, modu nahasgarri samarrean bada ere.

Oro har, honako hau ezartzen du hasteko: adjudikaziodunak kontratuaren xedea gaizki betetzen badu, edo hura betetzeko behar besteko giza-baliabideak edo baliabide materialak jartzeko edo atxikitzeko konpromisoa betetzen ez badu, kontratazio-organoak ─kasu honetan, alkateak─ kontratua suntsiaraztea erabaki ahal izango du, eta eratutako bermea konfiskatu, arau-hauste larriak edo oso larriak badira, edo bestela, adjudikaziodunari ez-betetzearen larritasunaren araberako zehapen ekonomikoa ezarri.

Klausula horren 3. apartatuak honela sailkatzen ditu adjudikaziodunaren arau-hausteak: arinak, larriak eta oso larriak. Hurrengo azpiapartatuek kategoria horietako bakoitzean sartzen diren kasuen zerrenda bat jasotzen dute, baita bakoitzari dagozkion zehapenak ere.

Testuinguru horretan, deigarria egiten da zehapenei buruzko apartatuan arau-hauste bakoitzagatik ezar daitezkeen zehapenen zenbateko tartea azaltzea (zenbatekoak alda daitezke); horrela, hasieran 1. apartatuan oro har ezarritakoaren aldean, 4. apartatuak **kontratua suntsiarazteko aukera kasu bakar batean aurreikusten du: ez-betetzeak arau-hauste oso larriak direnean; bestalde, zigor ekonomikoak ezartzen ditu arau-hauste arin eta larrietan.**

5 apartatuan honako kasu hau jasotzen da: adjudikaziodunak, berari egotz dakizkiokeen kausak direla medio, kontratuan zehaztutako prestazioen zati bat bete gabe uztea; horrek, berriz

ere, aukera ematen dio udalari kontratua suntsiaraztea edo zehapenak ezartzea erabakitzeko.

Eta azkenik, administrazio-klausula berezien agiriaren 34.2 klausulak kontratua suntsiarazita iraungitzea jasotzen du, SPKLTBren 223. eta 308. artikuluetan xedatutako kausetako bat dagoenean; horrek lege-testu bereko 224. eta 309. artikuluetan ezarritako ondorioak ekartzen ditu.

Administrazio-klausula berezien agiria aztertuta, zalantza sendoak sortzen dira honako gai honen inguruan: zer kasutan erabaki dezakeen udalak kontratua suntsiaraztea kontratistari egotz dakiokeen ez-betetze baten ondorioz; izan ere, hasiera batean, aukera hori arau-hauste larri eta oso larriei lotzen zaiela ematen du (1. apartatua), baina gero arau-hauste oso larrietan bakarrik agertzen da aukera hori (4. apartatua). **Beraz, klausula multzo iluna da, eta udalak, agiriaren egilea den aldetik, ezin du bere onerako erabili,** behin baino gehiagotan aipatutako jurisprudentziatik ondorioztatzen den moduan [2003ko otsailaren 3ko AGE (RJ 2003, 2039), 2001eko ekainaren 5eko AGE (RJ 2001, 7428), 2000ko urriaren 2ko AGE (RJ 2000, 8601), 2000ko otsailaren 15eko AGE (RJ 2000, 2645) 1999ko azaroaren 2ko AGE (RJ 2000, 2295)].

Bestaldetik, **udalak ez du behar den ahaleginik egin alegatutako ez-betetze puntualak kalifikatzen saiatzeko**, kontuan hartuta administrazio-klausula berezien agiriaren 30. klausulan jasotako sailkapena ─arau-hauste arinak, larriak eta oso larriak─; **horrek nolabaiteko defentsa-gabeziako egoeran utzi du enpresa**.

Udal idazkariaren txostenak kontratua suntsiarazteko erabakia justifikatzen duten jarduketak (enpresaren aldetik) azaltzen dituenean, kasu batzuetan modu orokorregian deskribatzen dira, adibidez, "ez da behar bezala garbitzen", edo "enpresari beste gabezia batzuk jakinarazi zaizkio, telefono bidez", beste batzuetan, aldiz, ez-betetzearen benetako eragina zehaztea lortzen denean, arau-hauste puntualak dira (bi egunetan gertatutakoak: lehenengoan, hiru ikasgela garbitu gabe, leihoak irekita eta pasilloa erraztatu gabe, eta bi ikasgela garbitu gabe eta leihoak irekita bigarrenean; eta beste batean, udaleko eskailera garbitu ondoren, 4 orduz geratu zen bustita); egitate horien larritasuna eta gutxitan gertatzea kontuan hartuta, bidezkoagoa dirudi horiek guztiak administrazio-klausula berezien agiriak arau-hauste arintzat jotzen dituen artean sartzea.

Aurrekoari, kontratistak alegatutakoa gehitu behar zaio, ez baita zentzugabea. Egitateak zalantzan jarri eta zerbitzuari buruzko kexak daudenik ukatzeaz gain ─kontsultategian komuneko paperik ezari buruzko abisua zerbitzua hasi eta handik 10 egunera─, kontratistak azaldu du zerbitzuko gainbegiralea aldizka joaten dela instalazioak begiratzera, astean behin gutxienez, eta ez duela kexarik jaso, ezta udalak aipatzen dituen gorabeheren berri izan ere.

Era berean, ez dirudi tokiz kanpokoa gorabehera horiei edo antzeman diren orduei buruzko azalpena eskatzea, azaldu duenez, ikastetxea arratsalde osoan irekita egoten delako (eskolaz

kanpoko ekintzak egiten dira); ikasgelak ez dira giltzaz ixten, helduen eta haurren jarioa etengabea izaten da, eta batzuetan gerta daiteke ikasgela garbitu ondoren sartzea.

Halako gorabeherak saihesteko, zerbitzua hobetzea eta erantzukizunak zehaztea proposatzen du, baita bilera egitea ere, ikastetxeko zuzendariarekiko komunikazioa bezalako kontuak jorratzeko eta berarekin aldian behingo bilerak egiteko egutegia ezartzea, zerbitzuaren nondik norakoak ondo zehaztu arte; ikasgelak arratsaldez noiz okupatuta dauden jakitea (planing bat izatea), noiz garbitu behar diren planifikatzeko, ahal den heinean, erabili ondoren, edo ikastetxeko erabiltzaileentzako informazio-kanpaina bat egitea, leihoak itxita egotearen garrantzia azaltzeko.

Argi utzi behar da, nolanahi ere, Administrazioak ─Zeanuriko Udala, oraingo honetan─ **kontratu bat suntsiarazi nahi badu ez-betetze bat gertatu delako, ez-betetze hori administrazio-klausula berezien agirian funtsezko gisa jasota eta berariaz kalifikatuta dagoenean, honako hauek frogatu behar dituela: kontratistari egozteko moduko arrazoi batengatik kontratua lehenago amaitzea oinarritzeko egintzak existitzen direla, eta egintza horiek funtsezkoak direla kontratuaren barruan.**

Hizpide dugun kasuan, Batzorde honek udalak emandako datuak baino ez ditu; datu horiek ez dira behar bezala kontrastatu, ezta baloratu ere, kontratuaren testuinguru orokorrean. Agiriak berariazko ondorio batzuk ─kontratua suntsiaraztea ez direnak─ aurreikusten dituela alde batera utzita, ez da zentzugabea pentsatzea ez-betetze puntualei dagokienez, muga bat dagoela, eta hortik aurrera, kontratuak bere xedea betetzeari uzten diola, edo, oinarri duen interes publikoaren aurka doala. Horrela bada ere, esan bezala, espediente honetan instruitutakoan ikusten den egoera bestelakoa da.

Batzordeak uste du udalak alegatutako suntsiarazpen-kausa egiaztatzeko ez dela aski kasu jakin batzuk bildu eta azaltzea, gehiago ala gutxiago, zeinetan eskainitako zerbitzuak pleguak ezarritako baldintzak bete ez dituen; izan ere, kontratistak alegatu bezala, pleguak berak aurreikusi du kasu horietarako berariazko erantzun bat. **Akatsak arauhauste oso larritzat jotzen den kontu baten ala egoera orokor baten ondoriozkoak direla egiaztatu beharko litzateke,** zerbitzuari buruzko datu orokorrak ekarrita, **eta ez bakarrik zerbitzuak kale egin duen** (kasu gutxi batzuk) **edo gaizki funtzionatu duen kasuei buruzkoak. Era berean, enpresaren jarrera axolagabea edo errebeldea egiaztatu beharko litzateke, fede onarekin bateraezina,** halako moldez non sortutako egoera jasanezina gertatuko litzatekeen kontratuak erdietsi nahi duen interes publikoaren ikuspegitik.

Hitz batez, organo aholku-emaile honi helarazitako espedienteak jasotzen dituen gorabeheretan, ez da ikusi kontratuaren funtsezko elementu bat ez-betetzerik, SPKLTBren 223.f) artikuluan eta administrazio-klausula berezien agirian aurreikusitako moduan. Hori dela eta, Batzorde honek ezin du udalak proposatutako kontratu-suntsiarazpenaren aldeko irizpenik eman.

33/2018 ABJI, par.: 17.etik 47.era

II. Kontratuen interpretazioa

Gasteizko Udalak **zerbitzu publiko bat kudeatzeko administrazio-kontratua interpretatzeari loturiko gorabehera azaldu du. Hain zuzen, Gasteiz hiriko hiri-garbiketa publikoa eta hiri hondakin solidoen bilketa eta garraioa dira kontratuaren xedea, eta interpretazioak kontratuari loturiko administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausulan aurreikusita dagoen prezioak berrikusteko formularen alderdi batekin du zerikusia**.

Zalantzak prezioak berrikustea eskatzen duten lan-kostuen eraginari buruzkoak dira batez ere; hain zuzen ere, galdera da berrikusi beharreko kostu horietan honako hauek sartu behar diren: i) lan-kategoria bakoitzeko batez besteko antzinatasunen aldaketa; ii) gaixotasun arruntaren edo lan-istripuaren ondoriozko absentismo-egunak aldatzea; eta iii) erretiro aurreratuen primak direla eta aintzat hartzen diren zenbatekoak aldatzea.

Kontsultaren eremua dugu, beraz, kontsulta egin digun Administrazioaren ahalmen batzuen egikaritza, eta ahalmen horiek dira kontratua alde bakarretik interpretatzea eta kontratua betetzean zalantzarik edo desadostasunik sortuz gero zalantza-desadostasunok ebaztea; betiere, prerrogatiba horretaz baliatzeko mugak eta baldintzak beteta, administrazio publikoen kontratazioari buruzko legeriak ezarri baititu, HAKLren 210. artikuluan zehazki.

Administrazioaren prerrogatibak administrazio-kontratuetan gauzatzeari loturiko kasuetarako oro har ezarri dugunez, toki pribilegiatu horren oinarria da interes gorenak defendatzea, hau da, Administrazioak bere jarduketa guztietan bete beharreko printzipioa. Hau da, ordenamendu juridikoak alor honetan ere lehenetsi nahi duela Administrazioak bilatu behar duen interes publikoaren defentsa interes partikularren gainetik, Administrazioarekin kontratatzen duten enpresek halakoak baitituzte, zilegi denez. Auzitegi Gorenaren arabera, hauek definitzen dute Administrazioak kontratatzerakoan dituen prerrogatiben teleologia: kontratuaren xedea kontratuaren objektuaren gainetik egoteak eta Administrazio kontratugilearen berariazko igorpen nahiz trafikoarekiko lotura askaezinak (1982ko otsailaren 22ko epaia; Ar. 1619).

Aurreko adierazpena zehazte aldera, gogorarazi behar da, halaber, kontratatzeko eskumena duen organoak —kasu honetan, toki-erakundea— administrazio-kontratuak interpretatu eta horiek betetzeak sortzen dituen zalantzak ebatzi ahal izan arren, eskumen hori ez dela absolutua izan, eta organoaren erabakia berrikus dezakeela administrazioarekiko auzien jurisdikzioak (Auzitegi Gorenaren 1999ko apirilaren 20ko epaia —AGE—, RJ 1999\4636). Administrazio-kontratazioak —gainerako kontratuek bezala— prestazioen oreka objektiboaren funtsezko printzipioa bete behar duenez, Administrazioak ezin du eskumen hori erabili dagozkion kontratuko betebeharren funtsezko alderdi bat baztertzeko, eskumena legeak berak eman diolako, bertan ezarritako mugak errespetatuz eta baldintzak betez.

Bigarren gogoeta orokorrak interpretazioarekiko desadostasuna argitzeko tresnak zehaztu behar ditu.

Sortutako zalantza agiriaren klausulen interpretazioarekin lotuta dagoen guztietan, gogorarazi behar da (irizpenaren esparrua behar bezala bideratzeko) kontratuen interpretazioari dagokio-

nez (oro har), eta batez ere kontratu publikoen interpretazioari dagokionez, askotan aipatzen den jurisprudentzia dagoela, eta horren arabera, ez da ahaztu behar **kontratu publikoak kontratuak direla** eta, **hortaz, horien interpretatzeko orduan sor daitezkeen zalantzak SPKLTBan ezarritako aurreikuspenekin bat ebatzi beharko direla, eta ezinezkoa bada, Kode Zibilarekin bat** (KZ).

Ildo horretan, aspaldiko jurisprudentziaren arabera, azpimarratu behar den lehenengo gauza honako hau da: agiriak kontratuaren legea dira, eta lotzen dituzte bai lizitazioaren edukia onartuta horretan parte hartzen duten lizitatzaileak, bai kontratazio-organoak. Eta bigarrenik, kontratuak interpretatzean Kode Zibilaren arauak aplika daitezkeela modu osagarrian (1281. artikulua eta hurrengoak).

Jarraian arrazoituko denez, kasu honetan, agindu horien artean, sortu den interpretazio-zalantza ebazteko lanean **KZren 1281. artikuluak** hartzen du garrantzi handiena; horren arabera, **kontratuaren klausulak argiak badira eta kontratatzaileen asmoei buruzko zalantzarik sortzen ez badute, klausulen hitzez hitzeko zentzua kontuan hartu beharko da,** *in claris no fit interpretatio* printzipioa betez.

Bigarrenik, alde batetik, **KZren 1285. artikulua** ere interesgarria da interpretazio-zalantza argitzeko, artikulu horrek kontratuen eremura baitakar **interpretazio sistematiko eta logikoaren** printzipio hermeneutiko orokorra; izan ere, klausulak honela interpretatu behar direla xedatzen du: "elkarrekin (...), zalantzazko klausulei klausula guztien multzotik ateratzen den esangura emanez". Bestalde, **KZren 1282. artikuluak kontratatzaileen asmoa interpretatzeko** ematen dituen arauak ere baliagarriak dira, baita **KZren 1284. artikuluak** kontratu-klausulen esanahia hautatzeko ezarritakoak ere.

Laburbilduz, kontratu publikoak interpretatzeko lanean, batzuetan, Kode Zibilaren arauak aplikatu behar dira; izan ere, 2001eko azaroaren 13ko AGEn (RJ 2001\9748) azaldu bezala, "…EKLn kontratuak interpretatzeko berariazko araurik ez dagoenez (zentzu horretan, SPKLTBk ez du aldaketarik ekarri), Kode Zibilaren aplikazioa lege-testu horren 4.3 artikuluan ezarritakoak zilegitzen du ('Kode honen xedapenak osagarri moduan aplikatuko dira beste lege batzuetan araututako gaietan')".

Hirugarrenik, batzuetan ez da erraza erabakitzea aurrean interpretazio-kontu bat —zentzu hertsian— daukagun ala beste kontu bat, besterik gabe kontratua aplikatzearekin zerikusia duena; hala ere, kasu honetan, Estatu Kontseiluak kontu hori bereizteko erabiltzen duen arrazoibidea geureganatuz, ez baita logikarik gabea, interpretazio-prerrogatiba ezartzen da: "kontratista kontratuko klausula batekiko edo batzuekiko desadostasuna azaltzen duenean, ez betetzeari uko egiten diolako, baizik eta klausulen zentzuarekin eta aplikazio-esparruarekin bat ez datorrelako" (2012ko urriaren 18ko Irizpena, 895/2012 erreferentzia).

B) Aztertzen ari den kasua:

Gatazkaren gaia den klausula eta Administrazioak eta kontratistak defendatzen dituzten interpretazio desberdinak azalduta, aurreratu dugunez, kontratu-klausula bera eta Kode Zibilak 1281. artikuluan eta hurrengoetan ematen dituen interpretazio-irizpideak oinarri hartuta,

Batzorde honen iritziz, **kasu honetan ez da bidezkoa ABEE esleipendunak defendatzen duen interpretazioa onartzea**.

Alabaina, iritzi horren oinarri diren argudioetan sakondu aurretik, ohar bat egitea komeni dela uste dugu, **kontratua interpretatzeko eta aldatzeko ahalmenen aldeko desberdintasuna** argitzeko.

Komenigarritzat jotzen dugu kontu hori azaltzen denbora ematea, udalak enpresaren interpretazioa ukatzeko erabilitako argudioetako bat zera baita: interpretazio hori onartzeak kontratua aldebakartasunez aldatzea ekarriko luke, hasierako lizitazioaren lehiakortasuna hutsalduz.

Gauzak horrela, **Batzordeak ez du kasu honetan ikusten kontratistak aldebakarreko aldaketa proposatzen duenik, bere iritziari eusten baitio kontratuan aldaketa bat ere egin gabe**. Argudio horrekin, antza denez, udalak ulertarazten du, gainerako lizitatzaileek udalak orain defendatzen duen interpretazioa kontuan hartuta aurkeztu zituztela beren eskaintzak; egoera hori litekeena da, baita arrazoizkoa ere, baina beharrezko ziurtasunik gabe azaltzen da, ez baitira ezagutzen lizitatzaileek eskaintzak prestatzeko eta aurkezteko orduan kontuan izan dituzten interpretazio-elementuak.

Halaber, esanbidez ohartarazten da irizpen honetan ez direla aztertzen Administrazioaren eta ABEE esleipendunaren artean azaldutako desadostasunak, honako hauei dagokienez:

a) Berrikusi beharreko aldia: enpresak aurkeztu zituen kalkuluetan 2016ko ekitaldi natural osoa aintzat hartu zen; lantalde teknikoak egindakoek, berriz, 2016ko bigarren seihilekoari dagozkie bakarrik, administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausularekin bat.

b) "Beste gastu sozial batzuk": beste gastu sozial batzuei dagokienez (aseguruen primak, arropa, gizarte-funtsa eta abar), enpresak eguneratu eta gehitu egin zituen langileen kostuak kalkulatzeko orduan, baina, lantalde teknikoaren iritziz, KPIren aldaketen arabera eguneratu behar dira, "Urteko Kanon xehatuaren" 72. taulan jasotako jarraibideekin bat.

c) Norberaren kontuetarako egun gehigarriak: enpresak berrikuspenaren baitan egindako kalkuluan, bereizita, langileen kostuan bere iritziz izandako igoera adierazi zuen, Funtzio Publikoaren Saileko zinegotzi ordezkariaren ebazpen batzuen, araudian izandako aldaketen eta epai judizialen ondorioz, gora egin baitzuen 2015eko bigarren seihilekoari eta 2016ko ekitaldi osoari dagozkion norberaren kontuetarako egunen kopuruak. Jakinarazi zenez, eskaintzan adostutako benetako lanorduen kopurua lortzeko langile horiek ordezkatzeko kostuaren igoera ez zen 2016ko bigarren seihilekoan gertatu, hortaz, ezin da prezioen berrikuspen horretan gehitu. Hala ere, teknikarien iritziz, langile-kostuen igoera, aipatu norberaren kontuetarako egunak —behar bezala justifikatuta— gehitu ondoren, prezioen berrikuspenean sartu behar da, baina dagozkien ekitaldietan eta benetako kostuarekin, eta udalak aintzat hartuko du, baita ordaindu ere, bidezkoa bada, kostuen igoera ABEEkin duen oraingo kontratuko prezioen berrikuspenetan.

Hasiera batean, ABEE esleipendunak proposatu zuen bere erreklamazioan kontu horiek aintzat hartzea, hala ere, udalak guztiei erantzun die kontratuaren interpretazioari buruzko espedientea hasi aurretik, eta ez dagokie administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausularekiko interpretazio-desadostasuna. Hori dela eta, irizpenaren gai nagusia desadostasuna sortzen duen klausula interpretatzeko moduari eta langileen kostuak berrikusteari loturiko kontuak izango dira.

Ohar horiek eginda, **Batzordeak uste du, lehenago esan bezala, zuzena dela Administrazioak azaldutako interpretazioa**.

Kode Zibilaren 1281. artikuluak ezarritako irizpideetako lehenengoari helduta, kontratuaren klausulak argiak badira eta kontratatzaileen asmoei buruzko zalantzarik sortzen ez badute, klausulen hitzez hitzeko zentzua kontuan hartu beharko da.

Administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausulak gatazkako kontuak aipatzen ditu, honako hau esanez:

> Kostuen kalkuluak, bai antzinatasunaren batez besteko zenbatekoak, bai erretiroaren ondoriozko primak, lizitatzaileak askatasunez egingo ditu, kontratua indarrean egon bitartean kontratatu nahi dituen langileen egoera pertsonala kontuan hartuta; horretarako agirian jasotako xedapenak eta kontratua gauzatzera bideratu nahi diren langileak hartuko ditu aintzat. Kostu horiek kontratuaren indarraldian alda daitezkeela argi badago ere, egoera pertsonal horien menpe daudelako, ez da prezioen eguneratzerik egingo kontzeptu horren ondorioz, bakarka edo era independentean bada.
>
> Absentismo-tasa, -indizea edo -koefizientea lizitatzaileak askatasunez ezarriko du, egokitzat jotzen dituen balioespenen arabera, oinarri hartuta oraingo absentismo-indizea, baldintza teknikoen agirian erantsia, beste kontrata batzuekin izandako esperientzia edo beste edozein metodo.
>
> Logikoa denez, proposamen ekonomikoa egiterakoan, kontuan izan behar da tasa hori erabakitzen duten zirkunstantziak alda daitezkeela kontratua indarrean dagoen bitartean. Lanorduak, bai langileenak, bai makineriarenak, lizitatzaileak eskaintzan jasotzen dituenak, adjudikazioduna izatekotan konpromiso bihurtzen dira; beraz, horiek ematea eskatuko da, benetako absentismo maila edozein dela ere, eta ematen ez badira, hileko ziurtagirietatik deskontatu egingo dira. Antzinatasunaren eta erretiroaren ondoriozko primen kasuan bezala, ez da prezioen eguneratzerik egingo kontzeptu horren ondorioz, bakarka edo era independentean bada.

Arrazoibidea azaltze aldera, eta aurreikusteko eta kalkulatzeko orduan agerian geratzen diren desberdintasunak ikusita, komeni da antzinatasuna eta erretiroaren ondoriozko primak batetik, eta bestetik, absentismo-tasa aztertzea.

Antzinatasuna eta erretiroaren ondoriozko primak:

Lehenengo kasuan, desadostasuna sortu duen klausularen hitzez-hitzekotasunak udalaren interpretazioa egiaztatzen du, esanbidez ohartarazten baitu kostu horiek lizitatzaileak askatasunez kalkulatuko dituela, kontratua indarrean egon bitartean kontratatu nahi dituen langileen egoera pertsonala kontuan hartuta. Horretarako, lizitatzaile guztiei langileen zerrenda bat eman zitzaien; beren kontratuetan subrogatuko zen adjudikaziodun berria.

Horrenbestez, aurreikus daitekeen kostu bat da, eta hori kalkulatzeko lana lizitatzaileei dagokie; izan ere, aurreikuspenak kontratuaren indarraldi osorako egin behar dituzte, hau da, zortzi urterako.

Gainera, ohartarazi da, hori ere esanbidez, kostu horiek kontratuaren indarraldian alda daitezkeela argi egon arren, prezioak ez direla kontzeptu horien arabera eguneratuko, bakarka edo modu independentean bada.

Era berean, udal teknikariek kontu horri dagokionez azaldu duten argudioa ere erabakigarria da udalaren tesia babesteko. Izan ere, agiriak argi eta garbi esan zuen enpresa adjudikaziodunak aurreko enpresako langileak subrogatzeko betebeharra bete behar zuela, 2013ko uztailaren 30eko BOEn argitaratu zen Saneamendu Publiko Sektoreko Hitzarmen Orokorraren zehaztapenak betetze aldera (hitzarmenak barnean hartzen ditu bide-garbiketa, ureztaketa, hondakinak bildu, tratatu eta kentzea, eta estolderia garbitzeko eta kontserbatzeko lanak).

Era berean, baldintza teknikoen agiriari 30. eranskina gehitu zitzaion, "Kontratako langileak" izenburua duena; eranskinak aurreko esleipendunak 2014ko ekainean emandako informazioa jasotzen zuen, aurreko kontratuaren xede zen bide-garbiketaren eta hondakin-bilketaren zerbitzurako hartutako langileen kontratu-baldintzei buruz, lizitatzaileek subrogatzeko betebeharraren ondoriozko lan-kostuak ebaluatu ahal izateko.

Txosten teknikoek adierazitakoari jarraikiz, "datu horiekin erraz zenbat daiteke hirurtekoen kopurua, langile bakoitzak kontratuan zehar hobetuko duena, hiru urtean behingo hobetuko dela aurreikusita, ondoren, urteko batez besteko antzinatasuna lortzeko. Gogoan izan behar da kasu honetan kontua ez dela langileen kostuak —antzinatasunari loturikoak— kalkulatzea eta urtean behin eguneratzea (langilearen ordainsarien menpe daude, eta ordainsariak bai, berrikusten dira); kontua da ekitaldi bakoitzean kontuan hartu beharreko hirurtekoen kopurua. Txostengile horren iritziz, kontratuaren indarraldi osoan ez da aldatzen, batez besteko antzinatasunak kalkulatuta. Erretiro aurreratuaren ondoriozko primei dagokienez, egoera pertsonalen arabera bada ere (adina eta Gizarte Segurantzan kotizatutako urteak), eskaintza egiterakoan, kalkulu aktuariala egin daiteke, erretiro aurreratuaren primen kostua zehazteko, eta horien urteko aurreikuspena egiteko. Hortaz, kontzeptu horiei loturiko urteko kostua kalkula daiteke, edo behintzat zenbatetsi, baita kostu finantzarioak —zehatzak badira— gehituta ere, kontratu indarraldi osoan; horrela, ahalik eta gehien murrizten da arrisku ekonomiko-finantzarioa, kontzeptu horiei loturikoa".

Eta udal teknikariek defendatzen dutenez, argudio horiek koherenteak dira administrazio-klausula berezien agirian jasotako aginduekin, baita —Batzorde honek gaineratzen duenez— agiriaren II. eranskinean azaldutakoarekin ere (Eskaintza ekonomikoa prestatzeko jarraibideak, taulak eta ereduak). Azken horretan, Azterlan Ekonomiko Finantzarioari buruzko apartatuan administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausulan ezarritakoa errepikatzen da, erreti-

roaren ondoriozko primei, batez besteko antzinatasunari eta absentismoari dagokienez, hitzez hitz hauxe dioen izenburuaren pean: "GOGOETA OSO GARRANTZITSUAK".

Batzorde honek ez du ulertzen zergatik bai ABEE esleipendunak, bai udalak ABEEren alegazioari erantzunez igorritako txostenak, administrazio-klausula berezien agiriaren 32. klausula aipatzen duten, organo aholku-emaile honi helarazitako PDF bertsioan, behintzat, klausula hori "KONTRATUA GAUZATZEKO JARRAIBIDEAK ETA GAINBEGIRATZEA"ri buruzkoa bada; hots, ez du eragin handirik hemen planteatzen den kontuan, administrazio-kontratazioan parte hartzen duen kontratistaren arrisku eta menturaren printzipioa gogoratzeko ez bada. Batzorde honi emandako bertsioaren edukia, honako hau da, hain zuzen ere:

> Kontratua kontratistaren arrisku eta menturara gauzatuko da, eta zorroztasunez beteko du Administrazio Klausulen Agirian, Baldintza Teknikoen Agirian, kontratuan eta Administrazioak zerbitzuak ondo funtzionatzeko eman ditzakeen jarraibideetan ezarritakoa.
>
> Kontratazio organoak kontratua gauzatzea gainbegiratuko du, eta kontratistari helaraziko dizkio kontratazio-organoaren agindu eta jarraibide guztiak. Udalak, horretarako izendatutako arduradunaren edo kontratatutako enpresaren bitartez, ikuskatu ahal izango ditu zerbitzua, instalazioak, dokumentazioa eta enpresaren kontabilitatea. Zerbitzua kudeatu bitartean, kontratista behartuta egongo da Administrazioak eska diezazkiokeen zerbitzu publikoaren kudeaketari buruzko datu guztiak ematera.

Nolanahi ere, gure iritziz, kontratistak aipatu 32. klausulari esleitzen dion edukia duen beste klausula bat badago ere, horren esanahia berdina izango litzateke, lehen azaldutakoa.

ABEEri eztabaidatzen den klausulan adierazitako "bakarka edo era independentean" hitz-tarteak bere jarrerari eustea ahalbidetzen duen kontu bakarrak, eta, prezioen berrikuspenetik baztertutako beste kontzeptu batzuei kontrajarrita —adibidez, inbertsio-amortizazioei eta kanpoko finantzaketari dagozkien kostuak—, enpresari kostu horiek langileen-kostuekin batera kontuan izan behar direla defendatzeko aukera ematen dionak, Batzorde honen iritziz, jarrera hori eutsiezina izan arren, kontzeptu horiei buruz berrikuspen-klausulan ezarritakoaren ondorioak mugatuko lituzkeelako, klausula aplikaezin bihurtu edo edukiz hustu arte. Hori dela eta, —ondorio dialektikoetarako bakarrik— hainbat adiera izateko aukera onartuta ere, egokiena ezarri beharko litzateke ondorioak izateko (KZren 1284. artikulua), eta hori, zalantzarik gabe, udalak planteatutakoa da.

Bestaldetik, absentismoaren kostua aztertzean hobeto ikusiko dugunez, hitz-tarte hori ez da oztopo kontratuari loturiko agiriek kostu horien arriskua kontratuaren esleipendunari (kasu honetan, ABEEri) argi eta garbi jakinarazteko.

Azkenik, hori ere ondorio dialektikoetarako, gogorarazi behar da KZren 1285. artikuluan xedatutakoaren arabera, kontratuetako klausulak elkarrekin interpretatu behar direla, zalantzazko klausulei klausula guztien multzotik ateratzen den esangura emanez, eta, udal teknikariek arrazoitzen dutenez, interpretazioa koherentea dela administrazio-klausula berezien agirian

jasotako gainerako guztiarekin, subrogatzeko betebeharrarekin eta lizitatzaileei dokumentazio teknikoaren berariazko eranskinaren bidez emandako datuekin, kostu horiek nahikoa zehaztasunez kalkula ditzaten, kontratuaren indarraldi osorako.

Horrenbestez, Batzorde honen iritziz, udalaren interpretazioa egokia da, eta ezin da, azaldutako arrazoiak direla medio, kontratu-klausularen argitasunik eza argudio erabili.

Absentismoaren ondoriozko kostuak:

Alde bakoitzaren jarreran azaldu den moduan, eztabaidatzen den beste kontzeptua langileen kostuei dagokion prezioen berrikuspenean lan-absentismoaren ondoriozko kostuak sartzea da.

Alabaina, udal txosten teknikoek azaldu dutenez, arazoa ez dagokio ordaintzen den absentismo osoari; gaixotasun edo istripuaren ondoriozko aldi baterako ezintasuna dela eta galdutako lanegunei loturiko absentismoari soilik dagokio, "absentismoa kalkulatzeko, aintzat hartzen baitira bestelako absentziak, hala nola baimenak, lizentziak, ordu sindikalak eta prestakuntza-orduak; horien kopurua aldatzen bada, 36. klausularen arabera, dagozkion prezioen berrikuspenetan gehituko dira, Baldintza Teknikoen Agiriaren eranskinarekin bat. Hori dela eta, Administrazio Baldintzen Agiriaren 36. klausulan eta II. eranskinean jasotako jarraibideak gaixotasun edo istripuaren ondoriozko absentismoari buruzkoak dira, aurkeztutako alegazioen 16. orrialdean, tarte horian, azaltzen den moduan".

Kasu honetan badago diferentzia bat, lehenago aztertutako bi kontzeptuekin konparatuta. Azaldu den moduan, agiriek batez besteko antzinatasunei eta erretiroaren ondoriozko primei dagozkien kostuak ─kontratuaren indarraldi osorako─ nahikoa zehaztasunez kalkulatzeko datuak eman zizkieten lizitatzaileei; baina ez da gauza bera gertatzen absentismoaren ondoriozko kostuekin, datu hori ezin baita gertatu aurretik ezagutu. Horrela bada ere, bat gatoz udalak kontzeptu honi buruz egiten duen interpretazioarekin, jarraian azalduko ditugun arrazoiak direla medio.

Lehenik eta behin, berriz azpimarratu behar dugu administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausularen hitzez hitzeko esangura; kontzeptu horri dagokionez, hauxe dio: "Absentismotasa, -indizea edo -koefizientea lizitatzaileak askatasunez ezarriko du, egokitzat jotzen dituen balioespenen arabera, oinarri hartuta oraingo absentismo-indizea, baldintza teknikoen agirian erantsia, beste kontrata batzuekin izandako esperientzia edo beste edozein metodo".

Hori dela eta, hasiera batetik nabaritzen da udalaren asmoa absentismoari loturiko arriskua enpresaren gain uzteko; arrisku hori enpresak eskaintza egiterakoan aztertu eta baloratu behar zuen.

Esanbidez ohartarazten da proposamen ekonomikoa formulatzeko orduan, kontuan izan behar dela tasa hori determinatzen duten zirkunstantziak alda daitezkeela kontratua indarrean egon bitartean; ohartarazpen horrek indartzen du udalaren interpretazioa; izan ere, bestela, enpresaren jarrerari jarraituz gero, klausularen bidez lortu nahi den eragina murriztu egingo litzateke, hau da, urtean zehar gertatzen den absentismo-arriskua bakarrik hartuko litzateke

aintzat. Hala ere, esan bezala, begi-bistakoa da arrisku hori kontratuaren indarraldi osoan adjudikaziodunaren gain uztea dela udalaren asmoa.

Berriz ere, klausula berean gero egiten den oharpenak ─langileen zein makineriaren lanorduak, lizitatzaileak eskaintzan jasotzen dituenak, adjudikazioduna izatekotan konpromiso bihurtzen direnez, horiek ematea eskatuko zaiola, benetako absentismo maila edozein dela ere, eta ematen ez badira, hileko ziurtagirietatik deskontatu egingo direla─ agerian jartzen du udalaren asmoa: lan-absentismoari loturiko arriskua enpresa adjudikaziodunaren gain uztea.

Eta arrisku hori adjudikaziodunaren gain uzteko asmoa egiaztatze aldera, klausulak parekatu egiten du kontzeptu hori antzinatasunarekin eta erretiroaren ondoriozko primekin, deklaratzen baitu kontzeptu horietan bezala, "ez dela prezioen eguneratzerik egingo kontzeptu horren ondorioz, bakarka edo era independentean bada". Parekatze hori ABEEk alegazioetan adierazitakoa gorabehera, udalak ezarritako moduan ulertu behar da, ez adjudikaziodunak defendatzen duen moduan; izan ere, esangura desorekatuta dago ─adjudikaziodunaren mesederako─ kontratuaren prezioa ekitaldi baterako eguneratzen denean, hurrengoan aplikatzen da, eta, era berean, prezioa eguneratzeko oinarri erabiliko da, eta abar.

Lehenago azaldutako bi kontzeptuetan bezala, eta dagoeneko azaldu diren arrazoiak direla medio, ABEE esleipendunari bere interpretazioa mantentzeko aukera ematen dion argudio bakarra, berriz ere, "bakarka edo era independentean" hitz-tartea gehitzea da; kasu honetan ere, Batzordeak ez die hitz horiei ABEEk eman dien esangura ematen.

Bestalde, udal teknikariek agirien gardentasuna azpimarratzen dute, eskaintza ekonomikoa egiteko ahalik eta informazio gehien emateko orduan; izan ere, informazio osagarri moduan, orientazio gisa bada ere, 2010-2012 aldiko absentismo-datuak eman dira.

Benetako datu horiek aurreko lehiaketa irabazi zuen enpresa adjudikaziodunak eman zizkion alegazioak aurkeztu dituenari, eta "orientazio gisa" hitzek, hain zuzen ere, enpresari kalkuluak egiten eta bere gain hartzen zuen arriskua ebaluatzen laguntzeko orientazioa emateko asmoa adierazten dute.

Udal txostenak defendatzen duenez, administrazio-klausula berezien agiriaren asmoa honako hau zen ─eta hala ondorioztatzen da testutik─: **lizitatzaileek, beren esperientzia, ezagutza edo beste edozein metodo oinarri hartuta, alderdi horien (antzinatasuna, erretiroaren ondoriozko primak, lan-absentismoa) kostuei buruzko aurreikuspenak egin behar zituzten, kontratuaren indarraldi osorako; alderdi horiek, agirian dagoenarekin bat, eskaintza ekonomikoan jaso behar zituzten.**

Aurreko argudioak nahikoak dira udalaren interpretazioaren alde egiteko, hala ere, Batzorde honek, hori gutxi balitz, egokitzat jotzen du arrazoi gehiago ematea udalaren interpretazioa babesteko; arrazoi horiek hemen aipatutako hiru kontzeptuei dagozkie (batez besteko antzinatasuna, erretiroaren ondoriozko primak eta absentismoa).

Batetik, KZren 1282. artikulua aplikatzearen ondoriozkoa: horren arabera, kontratugilearen asmoa aztertzeko, kontuan izan behar dira kontratua egiteko unean eta horren ondotik kontratugileok gauzaturiko egintzak.

Azkenengoetatik hasita, udalak 047/2015 Ebazpena aipatu du, apirilaren 22koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoarena, non jasotzen baitira udalak errekurtso bereziari uko egiteko erabili zituen argudioak, kontratazio arloko errekurtso berezi baten testuinguruan; errekurtsoa kontratu horren adjudikazioaren aurka jarri zen, eta ABEE esleipenduna alde interesdun gisa agertu zen.

Aipatu prozeduran, Gasteizko Udalak, oraingo jarrerarekiko behar bezalako koherentzia erakutsita, dagoeneko defendatu zuenez, "Enpresa esleipendunak proposatu du kontratua gauzatzean hartu beharreko neurrien helburua absentismoa ehuneko jakin bateraino murriztea izatea; horren gainean egingo dira ekonomikoak, betiere esleipendunaren arrisku eta menturara...". **ABEE esleipendunak, gainera, interpretazio hori ezagutu zuen, kontratuaren adjudikazioaren aurka jarritako errekurtso berezian interesdun gisa agertu zelako.**

Alabaina, badago azken argudio bat, bereziki, ABEE esleipendunari dagokiona, neurri batean behintzat, gainera, Fomento de Construcciones y Contratas SA eta GMSM Medio Ambiente SA enpresek aplikatua; argudio horrek desegiten du "bakarka edo era independentean" hitz-tartean adierazitako babesa, hemen eztabaidatzen diren hiru kontzeptuei eragiten diona.

Udalak helburu berberarekin formalizatu duen kontratua, aztertzen dugunaren aurre-aurreko aldiari dagokiona, Fomento de Construcciones y Contratas SA enpresari esleitu zitzaion; enpresa horrek, ikusi dugunez, oraingo LV RSU ABEE osatzen du. Kontratu hartan, administrazio-klausula berezien agiriak beste era batera arautzen zuen hemen aztertzen den kontua: oraingoan eztabaidatzen diren kontzeptuei dagozkien kostuak ez ziren aipatu kontratuari loturiko administrazio-klausula berezien agiriaren 28. klausulan aurreikusitako prezioak berrikusteko formulatik baztertzen.

Udal txostenak azaltzen duenez, "bakarka" edo "independente" hitzek, aurreko kontratuko prezioen berrikuspenetan gertatu zen bezala, esan nahi dute kontzeptu jakin batzuk, egoera pertsonalei lotuta daudenez sortzapenean izaten dituzten aldaketak direla eta (hala nola erretiroaren ondoriozko primak, aldaketak baimen eta lizentzien apartatuan, antzinatasunaren aldaketak epai judizialen ondorioz, gaixotasun arrunt edo istripuen ondoriozko absentismoa…) bakarka eta era independentean berrikusten zirela, eta ez zutela kontratu nagusiaren zenbatekoa zehazteko balio izaten; kontratuko alde biek onartu zuten formula hori.

Gauzak horrela, **oraingo ABEE adjudikaziodunak erabat gaitzesten du aurreko agiriaren interpretazioarekiko lotura, horren testuak hitzez hitz esaten duena edozein dela ere, baina ez dago zalantzarik, beste esleipendun bat izan arren, LV RSU ABEEk** —enpresa adjudikaziodunak aurreko kontratuan parte hartzen zuenez— **ezagutzen zituela prezioak berrikusteari buruzko klausulan egindako aldaketak eta aurreko kontratuaren indarraldian "bakarka edo era independentean" hitz-tarteari emandako esangura.**

Espedienteak 2008ko ekitaldiko prezioen berrikuspenari buruzko dokumentazioa jasotzen du; horren arabera, oraingo esleipenduna den ABEEren ordezkaria, aurreko kontratua indarrean zegoenean, Fomento de Construcciones y Contratas SA enpresan eginkizun bera betetzen zuen pertsona da.

Testuinguru horrek, ahal bada, are gehiago indartzen du udalaren interpretazioa; horren arabera, hemen eztabaidatzen diren kontzeptuak ez daude prezioen berrikuspenaren mende. Gainera, jarraian ikusiko dugunez, udalak baztertu egiten du ABEE esleipendunak defendatzen duen klausularen ustezko argitasunik eza.

C) Klausularen ustezko argitasunik eza:

Jurisprudentziak behin baino gehiagotan deklaratu du "**kontratuetan jasotako klausulen interpretazioari buruzko zalantzak KZren 1288. artikuluarekin bat argitu behar direla, ahalik eta era aldekoenean kontratua sinatu zuen alderdiarentzat –kasu honetan, esleipendunarentzat–**; izan ere, **kontratua eta agiria udalak idatzi dituenez, horren argitasunik eza ezin du tokiko korporazioaren intereserako mesedegarria izan**" [besteak beste, honako epai hauek: 1992ko uztailaren 22koa (RJ 1992, 6448), 1994ko urriaren 3koa (RJ 1994, 7444), 1996ko abenduaren 30ekoa (RJ 1996, 9512), 1998ko irailaren 29koa (RJ 1998, 6802)].

Hala ere, administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausularen hitzez-hitzeko testuak, aztertzen ari denak, eztabaidatzen diren kontzeptuei dagokienez, ez dela kontzeptu horren ondorioz prezioen eguneratzerik egingo, bakarka edo era independentean bada.

Klausula horren idazketa hobetzeko modukoa izan arren, ezin da esan ABEE esleipendunak defendatzen duen interpretazioa arrazoizko moduan jasotzen duenik; izan ere, ez da beharrezkoa esfortzu intelektual berezia egiaztatzeko interpretazioak esanbidez aurreikusten duela ez dela egingo prezioen eguneratzerik, kontzeptu horien ondorioz.

Egia esan, ABEEren tesia zehaztasunez aztertuta, ez da gehiegikeria esatea aipatutako KZren 1288. artikuluko araua aplikatzea lortzeko planteatu dela; agindu hori ezin da argi dagoen klausula bat artifizialki iluntzen duenaren mesederakoa izan.

Horrez gain, gogoratu behar da aipatu hitz-tartearen jatorria, ABEEk ezagutuko zuena.

Hori guztia dela eta, KZren 1257. eta 1258. artikuluetan aipatzen den *pacta sunt servanda* printzipioa aplikatu beharko litzateke, artikulu horiek aipatu printzipioari benetako "herritartze-agiria" ematen diola ahaztu gabe; halaber, administrazio-kontratazioaren arloan aplikatu behar da printzipioa, Auzitegi Gorenak hainbat epaitan gogorarazi duen moduan, adibidez, 1982ko urtarrilaren 25eko epaian (RJ 1982, 16), 1982ko otsailaren 10ekoan (RJ 1982, 955), 1984ko uztailaren 3koan (RJ 1984, 4658) eta 1986ko ekainaren 11koan (RJ 1986, 6768); gauza bera ezarri da administrazio publikoei eragiten dieten ondoz ondoko legeetan, kontratuei buruzkoetan, SPKLTB barne; hain zuzen, SPKLTBren 208. eta 209. artikuluek ezartzen dutenez, ad**ministrazio-kontratuen ondorioak, 19.2 artikuluan aipatutako arauek eta administrazio-klausulen (orokor eta berezien) agiriek eta baldintza teknikoen (orokor eta berezien) agi-**

riek arautuko dituzte, kontratuak haien klausuletan ezarritakoaren arabera bete beharko dira, hargatik eragotzi gabe oinarrizko legerian herri-administrazioen alde ezarritako prerrogatibak.

D) Desoreka ekonomikoa kontratuan:

Azkenik, udalak prezioen berrikuspenari buruz emandako interpretazioaren ondorioz kontratuan sor daitekeen desoreka ekonomikoak arrisku eta menturaren printzipioa gehiegi hedatzea eragin dezake, arrazoizko mugatik haratago ─ABEEk hasierako alegazioan azaldu zuenez─; horri dagokionez, Batzordearen iritziz, oinarri hori hartuta, ezin da argitzat jotzen den klausula baten esangura aldatu, horren arriskuaz eta garrantziaz espresuki ohartarazi bazen lizitazioa arautzen zuten agirietan.

Printzipio hori, jurisprudentziak adierazten duenez, kontratuaren aldaezintasuna (*contractus lex*) defendatzen saiatzen da, eta horretarako, arau orokor bat ezartzen du, arriskuak kontratistari egozten dizkiona; horrekin batera, zorroztasuna ezartzen da, gero ezinbesteko kasu batzuk onartuz arintzen dena (1982ko ekainaren 22ko AGE; RJ 1982\3323). Gaur egun, arau hori kasuari aplikatu behar zaion SPKLTBan dago jasota, 215. artikuluan (arrisku eta menturaren printzipioa) eta 231. artikuluan (ezinbesteko kasuak).

1999ko apirilaren 30eko AGEk dagoeneko adierazi zuenez, **kontratistari dagokion arrisku eta menturaren printzipioa honela interpretatu da: kontratistak bere gain hartzen du irabazi handiagoa edo txikiagoa lortzeko (edo galtzeko) arriskua, bere kalkuluak gaizki eginda badaude edo kontratua gauzatzean gertatutako zirkunstantziekin bat ez badatoz.** Hortik ondorioztatzen da kontratistak, kontratu bat Administrazioarekin eginez, hura gauzatzean ager daitezkeen gorabeheren ondoriozko arriskua onartzen duela.

Jurisprudentzia berak era berean aitortu du kontratistak onartzen duen arrisku eta menturaren printzipioa ezin dela hain zorrotza den eta Administrazioaren erantzukizuna beste kasu batzuetan ─ezinbesteko kasuaz gain─ baztertzen duen interpretazioaren objektu izan; izan ere, hala gertatzen da Administrazioaren jokabideak kontratistari kostu handiagoa eragin dionean, oreka finantzarioaren printzipioa hautsita. Hala, **kontratistaren arrisku eta menturaren printzipioa indargabetzea aitortzen du, *rebus sic stantibus*, edo aberaste bidegabearen eta aurretik ikusi ezin den arriskuaren printzipioak aplikatuta.**

Auzitegi Gorenaren epaiek ─2003ko abenduaren 9koa, 2008ko apirilaren 18koa eta 2009ko urriaren 27koa─ baieztatzen dute ezin aurreikusizko arriskuari buruzko doktrinak, *rebus sic stantibus* klausularekin lotuta, aukera ematen duela kontratua desegiteko edo, hala badagokio, kostu handiagoagatik kalte-ordaina emateko; kostu hori ordaintzea ez dagokio ustekabeko gertakariaren ondorioz kalteak jasan dituenari, baldin eta aurreikusi ezin izan zen arrisku baten ondorioz kontratua gauzatu bitartean gauzatze horren baldintzak nabarmen aldatzen badira, eta hitzartutako prestazioa hasieran aurreikusitakoa baino askoz ere garestiagoa bada alderdietako batentzat.

Bestalde, Auzitegi Gorenaren 1998ko urtarrilaren 19ko epaiak dioenez, "horretarako ezarritako arauzko aurreikuspenak gainditzen dituzten beste egitate batzuk gertatzen direnean, aldeak lotzen dituen kontratu-harreman juridikoan desoreka ekonomiko bat sortzen da, eta horren garrantzia eta izaera hain dira handiak, non harreman horrek kontratistei sortzen dizkien betebeharrak betetzea garestiegia den kontratistarentzat. Arrazoizkoa denez, ezin izan zuen hori aurreikusi, kontratazio horietan arauditik kanpoko eginbide bat erabiliz bada ere; orduan, eta azken kasu horretan, 'arrazoiz aurretik jakin ezin den arriskuari' buruzko doktrina aplikatu behar da baliabide berezi moduan, kausak ere bereziak baitira, kontratuaren oreka ekonomikoa berriz ezartzeko".

Hau da, doktrina hori kontratistak jasan behar dituen kalteak ordaintzeko formula moduan aplikatu ahal izateko, kontratuaren desoreka eragin duten zirkunstantziek, aurretik ikusi ezin direnak izateaz gain, kontratisten errurik gabeak izan behar dute; eta egitatezko baldintza hori ez da hizpide dugun kasuan ematen.

Berriz azpimarratu behar da kontu horien inguruko arriskua adjudikaziodunaren gain uzteaz ohartarazten zuela administrazio-klausula berezien agiriaren 36. klausulak, baita ere, II. eranskinak (Eskaintza ekonomikoa prestatzeko jarraibideak, taulak eta ereduak), honako izenburu honetan: "GOGOETA OSO GARRANTZITSUAK". Horrenbestez, ez litzateke bidegabeko aberastea —begi-bistako arrazoiengatik— ez ezin aurreikusizko arriskua —arrisku hori kalkulatzean, lizitatzaileen eskaintzan arreta jarri behar baitzen—, ezta "rebus sic stantibus" klausularen balizko aplikazioa ere —kontratua betetzeko baldintzak ez baitziren aldatu—.

Adjudikaziodunak egindako kalkuluen eta gero gauzaturiko errealitatearen artean diferentzia nabarmena badago edo egon bada —nagusiki, absentismoari dagokionez—, **ezin da hitz egin kontratuaren oreka ekonomikoa hausteaz; era berean, oreka hori ez zen hautsiko, benetako datuak aldekoak izan balira, ABEEk bere eskaintza aurkezterakoan aintzat hartutakoa baino absentismo txikiagoarekin.**

Auzitegi Gorenaren 1988ko maiatzaren 6ko epaiak ezartzen duenez (RJ 1988\3721), "Kontratuzko arau horien interpretazioa argi dago eta erabakigarria da, eta enpresa eragileak askatasunez onartu ditu arau horiek, baina orain bideratutako prozesu-uziaren bidez eskatzen den prezioen berrikuspena lortu nahi du (…); uzia onartuz gero, saihestu egingo litzateke enpresaren arrisku osoa, baita kontratuari loturikoa ere, kontratistaren arrisku eta menturaren funtsezko printzipioari —arloari buruzko legediak aipatzen duenari— aurka eginez, prezioen igoerak ezagututa, kontratistaren interesen aurkako ondorioak —deialdiari erantzun eta kontratua hobetu aurretik aurreikusi behar zituenak— toki-korporazio adjudikatzailearen gain utziko baitzituen, soilik berrikuspena eskatuz".

Batzordeak, hitz batez, zuzena deritzo Gasteizko Udalak kontratua interpretatzeko moduari.

7/2018 ABJI, par.: 46.etik 119.era

III. Kontratuak aldatzea

Testuinguru horretan, enpresaren argudioak indarra galtzen du, eta antzeman daiteke estrategia bat, **legegileek** —Europa mailakoak zein estatukoak azpimarratzen dutenez— **kontra-**

tazio publikoan gertatzen den iruzurra geldiarazteko. Izan ere, zalantzazko bideragarritasuna duten eskaintza ekonomikoen esleipena lortu eta gero, kontratua aldatu egiten da, enpresarentzat ekonomikoki bideragarria izan dadin; eta hori kontratuen hasierako lizitazioari iruzurra egitea dela jo da.

Ez da soberan izango legegileak, hain zuzen ere, egoera hori saihesteko eman dituen urratsak gogoraraztea. Hala, Herri Administrazioen Kontratuen Legearen testu bategina onartzen duen ekainaren 16ko 2/2000 Legegintzako Errege Dekretuaren 101. artikuluaren arabera, kontratua hobetuta, kontratazio-organoak aldaketak sartzeko aukera izango du baldin eta aldaketak interes publikoa badute, betiere behar berriek eta aurreikusi gabeko arrazoiek eragiten badituzte, eta horiek behar bezala zuritu behar ditu espedientean. Xedapen hori kontratu publikoei buruzko zuzentarau komunitarioekin bateratzeko arazoen ondorioz, sektore publikoko kontratuei buruzko urriaren 30eko 30/2007 Legearen 202. artikuluak jaso zuen kontratuen aldaketak ezin zutela kontratuen funtsezko baldintzetan eraginik izan.

30/2007 Legearen arauketa hori gorabehera, Europako Batzordeak ohartarazi zuen aipatu arauak ahalmen zabalak ematen zizkiela botere esleitzaileei kontratu publikoen funtsezko klausulak kontratuak esleitu eta gero aldatzeko; ondorioz, urratu egiten ziren lizitatzaileak berdin tratatzeko, diskriminaziorik ez egiteko eta gardentasunez jokatzeko printzipioak, Europako zuzenbidean jasotakoak. Are gehiago, Batzordeak Espainiako Erresumaren aurkako irizpen arrazoitua eman zuen (2008ko azaroaren 27koa), bere iritziz, aldatutakoen erregimena ez baitzetorren bat kontratazio publikoari buruzko zuzentarauekin.

Zuzentarauek eskatzen dutenera egokitzeko, martxoaren 4ko 2/2011 Legea onartu zen, ekonomia iraunkorrari buruzkoa; horren bidez, kontratu publikoen araubide juridikoa ere erreformatu zen (sektore publikoko kontratuei buruzko legearen 92.bis artikulutik 95.quinquies artikulura bitartekoak gehitu ziren). Kontratu honi loturiko esparruan, araubide berria SPKLTBren 105.etik 108.era bitarteko artikuluetan errepikatu zen.

SPKLTBk —hizpide dugun kontratuari aplikatu behar zaionak— onartzen ditu aldaketak, baina soilik hala aurreikusi bada agirietan edo lizitazioaren iragarkian, edo legez ezarritako kasuetan eta mugen artean. Hortaz, kasu horietako edozeinetan, kontratua beste era batera burutu behar izanez gero, kontratua suntsiarazi behar da, eta horren ordez beste bat egin, legez dagozkion baldintzak betez.

Batzordeak adierazi nahi duena zera da: printzipioz, kontratua hasieran hitzartutako moduan gauzatu behar da, eta kontratistak argi izan behar du eskaintza aurkezten duenean eta zuinketaren egiaztapena formalizatzeko unean. Era berean, salbuespen moduan, proiektua aldatu behar denean, legeak gaur egun ezartzen duen moduan, hitzartutako berria kontuan hartu beharko da, geroko aldaketari buruzko itxarokizunak mantendu gabe —garai batean ohikoa zen praktika, baztertu nahi dena—.

Proiektua aldatzeko eskatze aldera sorburuan bideragarria ez izatea aipatzea, ezta arrazoi horregatik kontratuan edo aldaketetan argi eta garbi ezarritako betebeharretako bat

—kasu honetan, espresuki ezarritako epeak— ez betetzea ere, ez datoz bat aipatu erregulazioarekin, baimendutakotik haratago aldatzen bada lizitazioaren xedea.

21/2018 ABJI, par.: 108.etik 114.era