



INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN ENTRE EL INSTITUTO DE LA MEMORIA, LA CONVIVENCIA Y LOS DERECHOS HUMANOS, GOGORA Y LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA EN EL ÁMBITO DE MEMORIA HISTÓRICA.

3/2019 DDLCN - IL

ANTECEDENTES

El Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos, Gogora, solicita a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, el informe de legalidad respecto del acuerdo indicado en el título del encabezamiento.

La solicitud se acompaña del borrador del Protocolo General de Actuación a suscribir entre Gogora y la Diputación Foral de Álava en el ámbito de memoria histórica; así mismo, se aporta el informe de la asesoría jurídica de dicho instituto.

El presente informe se emite de conformidad con el artículo 14.1, letra a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, y artículo 13.2, del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, que determina la preceptividad del presente informe en relación con los Protocolos Generales.

LEGALIDAD

Primero.- El artículo 13.3 del Decreto 144/2017, establece la obligación de remitir para el informe preceptivo de esta Dirección, el expediente completo en el que básicamente debe constar una memoria resumen con el texto definitivo de la iniciativa y el informe jurídico departamental, antecedentes normativos y jurisprudenciales, otros informes legalmente preceptivos, si los hubiera, así como consultas formuladas y datos de interés que permita conocer el proceso de elaboración en este caso del Protocolo.

Consta el borrador del Protocolo General de Actuación y el informe jurídico que la asesoría jurídica de Gogora emite, de conformidad con el art. 13.3 y 7 de dicho Decreto. No consta la memoria-resumen indicada y se ignora si el resto de documentos citados en dicho artículo 13.3, existen -en cuyo caso deberían figurar entre la documentación remitida-, o no existen. La memoria lo hubiera aclarado.

Segundo.- En relación con el contenido del Protocolo General de Actuación, hay que remitirse y citar la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 6 referido a los convenios de colaboración, en su punto 4 establecía,

“Cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán Protocolos Generales.”

La actual definición es algo diferente, algo más precisa, en el artículo 47.1, párrafo segundo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual establece,

“Artículo 47. **Definición y tipos de convenios.**

1. Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

No tienen la consideración de convenios, los **Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares** que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Si en la anterior legislación el problema se presentaba con los Protocolos Generales y su determinación en relación a un caso concreto, utilizando términos y conceptos poco definitorios como “pautas de orientación política”, fijación del “marco general”, o la “metodología para el desarrollo”, ahora la nueva regulación se refiere a Protocolos Generales “de Actuación” o “instrumentos similares”, que expresen “meras declaraciones de contenido general” o “la voluntad de la Administraciones ... para actuar con un objetivo común”, conceptos igualmente de difícil aprehensión, a los que el legislador ha añadido una definición negativa, “siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles”, concepto jurídico indeterminado pero determinable, demostrativo de que la voluntad de las partes o el formalismo de nombre, Protocolo General de Actuación, no puede imponerse a la verdadera naturaleza de lo que se pacte, si su contenido implica derechos, obligaciones y efectos jurídicos concretos exigibles, en cuyo caso, estaríamos ante un convenio.

La cuestión es determinar en cada caso analizado, lo que se entiende por “compromiso jurídico concreto y exigible”.

También hay que destacar el cambio del nombre a Protocolo General “de Actuación”, que parece un contrasentido cuando a continuación la Ley indica que es una mera declaración de intención de contenido general o que expresa la voluntad de las Administraciones suscriptoras para actuar con un objetivo común, esto es, se declara que se actuará pero que no se actúa por medio del mismo. Sin embargo, la Ley duda de lo que vaya a suceder en la práctica

y establece una garantía, que el Protocolo no establezca compromisos jurídico concretos y exigibles, porque de lo contrario, sería un convenio.

Tercero.- Partiendo del texto examinado, hay que tener en primer lugar en cuenta que la voluntad de las partes ha sido denominar al documento que pretenden suscribir, expositivo III, “PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN”, y que también ha sido su voluntad no obviar la posibilidad de que en realidad sea un convenio, porque incluye una cláusula, la décima, que refiere lo establecido en el citado artículo.

“DÉCIMA.- NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL PROTOCOLO

En aplicación del segundo párrafo del art. 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, serán Protocolos Generales de Actuación los que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, **siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles**. En la medida que en el siguiente texto se necesite regular compromisos jurídicos de dichas características, se tramitarán como convenios específicos o se desarrollarán los correspondientes Planes específicos de actuación.

El presente Protocolo de colaboración es de carácter administrativo, considerándose excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de que se apliquen los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

El contenido del Protocolo objeto de informe, tiene la apariencia de un convenio, porque cumple formalmente, con alguna excepción, las más importantes condiciones y requisitos establecidos en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, relativos a los convenios.

Sin embargo, como ya se ha indicado antes, la cuestión a dilucidar es si el Protocolo incorpora o no “compromisos jurídicos concretos y exigibles” y en consecuencia, si estamos ante un protocolo o ante un convenio. Y afinando un poco más, la cuestión en la hay que poner el

acento es en la exigibilidad, en si en caso de haber un compromiso jurídico concreto, es exigible o no desde que se suscribe el propio Protocolo.

Y la primera impresión que el texto produce es que no tiene fácil encaje en la definición que el artículo 47.1 párrafo segundo de la Ley 40/2015 establece para los Protocolos Generales de Actuación, que son

“ ... meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, ...”

Su contenido va más allá de lo general y se acerca a ciertas concreciones.

La propia parte expositiva en las que las partes no solo indican sus competencias en materia de derechos humanos, sino el deber de garantizar y contribuir a su efectividad, en relación con la promoción del derecho a la verdad, a la memoria, a la reparación y a la justicia de las personas represaliadas durante el franquismo y el progreso y desarrollo de la convivencia democrática-, deber que se concreta en la colaboración entre ambas Administraciones por medio del protocolo que se somete a diversas cláusulas.

Su **cláusula primera** indica que el objeto del protocolo es fijar un marco de colaboración para la coordinación de actividades en materia de memoria histórica con el fin de contribuir a la recuperación de la verdad y de la Memoria Histórica en Euskadi, y a la reparación social de las víctimas del franquismo.

Esta colaboración tiene como objeto específico compartir la base documental gráfica, escrita, audiovisual, etc., relativa a las víctimas del franquismo y sentar unas bases de coordinación en los trabajos de investigación, búsqueda y recopilación de información, proyectos de difusión.

En esta cláusula se citan futuras obligaciones y derechos de las partes con algún grado de concreción.

La **cláusula segunda**, su título -actuaciones previstas- expresa algo más que la voluntad para actuar con un objetivo común, y se acerca más a obligaciones concretas futuras, pero también presentes:

“Este Protocolo define los compromisos que **ADQUIERE** cada institución y se constituye como marco global de colaboración entre las partes firmantes.

Dicha colaboración, que se promoverá a instancia de cualquiera de ellas... .. podrá contemplar las siguientes actuaciones:

COMPROMISOS DE LA DIPUTACIÓN ...:

-Facilitar a Gogora el acceso a la documentación ... La Diputación preservará la autoría intelectual de los trabajos.

-Coordinar con Gogora los estudios y las investigaciones, así como los proyectos de difusión

-Participar en el proceso de diseño de los trabajos ...

-Difundir los objetivos del Protocolo y los resultados del mismo.

• COMPROMISOS DE GOGORA:

-Facilitar a la DFA el acceso a la documentación ... Gogora preservará la autoría intelectual de los trabajos.

-Coordinar y establecer prioridades en el proceso de diseño de los ... proyectos de investigación ... proyectos de difusión.

-Coordinar los estudios e investigaciones

-Difundir los objetivos del Protocolo y los resultados del mismo.

El presente Protocolo de colaboración no conlleva, por lo tanto, implicación financiera.”

El contenido de la colaboración es aparentemente opcional y condicional futuro, pero el compromiso para ambas partes es presente, “... los compromisos que adquiere cada institución...” esto es, una obligación de colaborar “... que se promoverá a instancia de cualquiera de ellas...”, -y el subsiguiente derecho a recibir la colaboración-, ya existe desde la suscripción del protocolo.

Esa primera concreción en una obligación de colaborar, ¿es exigible?

Y cuando se dice exigible ¿se quiere decir que despliega efectos jurídicos concretos, surgen acciones procesales en caso de no colaborar?

Parece un contrasentido pensar que es exigible dicha obligación de colaborar, pero que el contenido de la colaboración sea opcional, aun estando sus formas previamente establecidas.

Llevado al extremo, las partes cumplirían su obligación de colaborar desplegando una **actividad de buena fe**, sin que sea obligatorio un resultado – sin que en dicha actividad de colaboración, no se pongan de acuerdo en ninguna de las formas de colaboración previstas, no llegando a ningún resultado, que es una facultad, una opción, no una obligación-.

Aun así, cabría entender que es exigible.

El art. 7 -Buena fe y abuso del derecho- del Código Civil definiría la situación,

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase

manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

Cuatro.- Y ese contenido de la colaboración que se ha indicado, que es aparentemente opcional y condicional futuro, ¿lo es realmente?

Parece excesivo pensar que el compromiso de facilitar la información de personas represaliadas por el franquismo de la que cada Institución disponga, -la cláusula primera es expresiva: “... compartir la base documental gráfica, escrita, audiovisual, etc., relativa a las víctimas del franquismo ...”, que no es sino una actitud, una actividad colaborativa, requiera poco más que no impedirselo a la otra, ya que, además, están ya previstos en la cláusula cuarta los requisitos de cesión de la información -procedimientos y mecanismos- e igualmente, también están previstas en la cláusula sexta las obligaciones respecto de la seguridad de los datos de carácter personal y en las comunicaciones e intercambios de información entre ambas instituciones.

No hay necesidad para cumplir ese compromiso que haya que obtener un ulterior resultado pactado, que sí parece necesario en relación al resto del contenido de la colaboración, la coordinación de los estudios y las investigaciones, así como los proyectos de difusión, diseño de los trabajos, difusión de los objetivos del Protocolo y los resultados del mismo.

Quinto.- Tampoco hay que olvidar que, con base en el protocolo, terceras personas estimen que tienen interés legítimo en el mismo, en las obligaciones concretas que tienen las partes suscribientes por el mero hecho de suscribir el protocolo, en la actividad desplegada y por desplegar con base al mismo y sus eventuales resultados.

Por ilustrar el supuesto, familiares de represaliados del franquismo que, con base en el articulado de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica, - paradigma de todos ellos, su artículo 2, que establece un derecho subjetivo-, o con base en la obligación nacida del protocolo antes citada, ante la inactividad de ambas instituciones respecto del intercambio de información, insten dicha actividad en sede administrativa y eventualmente ejerzan acciones judiciales ante dicha inactividad.

O alcancen acuerdos para desarrollar la actividad y se concrete en resultados, y ante la inactividad o falta de acuerdo, ejerzan acciones judiciales.

No hay que olvidar que represaliados del franquismo tienen en la citada Ley, la posibilidad de que se les reconozcan eventuales indemnizaciones, si consiguen probar los daños o las diversas situaciones de represión sufridos, respecto de las que la actividad y resultados del contenido de la colaboración de ambas instituciones, puede ser causa directa para su obtención.

Es por lo que se opta por considerar que la naturaleza jurídica del texto propuesto se corresponde al menos en parte con un convenio previsto en el art. 47.1 y siguientes de la Ley 40/2015, en los términos previamente señalados.

Por lo demás, hay que reiterar, discrepancia excluida, lo establecido en el informe jurídico departamental.

Es lo que informo, no obstante, me remito a cualquier otro informe mejor fundado en derecho.