

0052/2025

Se ha recibido su solicitud de informe a este Servicio Jurídico con el número de referencia arriba citado, en relación con el borrador de Memorando de Entendimiento entre la Autoridad Nacional de Protección de Datos de la República Federativa de Brasil (ANPD) y la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) del Reino de España sobre colaboración en materia de privacidad y protección de datos personales.

I

Este Servicio Jurídico ya ha tenido ocasión de examinar instrumentos similares presentados a informe respecto de instituciones análogas pertenecientes a otros países, miembros de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (en adelante RIPD), y su resultado fueron, entre otros, los informes SG 26/2019, SG 39/2019 y SG 03/2021. En esta ocasión, con carácter previo y como más adelante se analizará llama la atención la naturaleza jurídica de uno de los firmantes al no tratarse directamente del Reino de España, sino de la autoridad de control en materia de protección de datos de una Comunidad Autónoma.

Señalado lo cual, al igual que se hizo en anteriores informes comenzamos con el estudio en primer lugar de la naturaleza jurídica del presente borrador de MOU. A tal fin conviene detenerse en el examen de las partes firmantes del mismo. Por un lado, se aprecia la existencia de un elemento de derecho internacional, como es la presencia, en este caso, de la Autoridad de Protección de Datos de la República Federativa de Brasil, a la que de acuerdo con el texto del memorándum que se informa la ley brasileña confiere la competencia para promover acciones de cooperación con autoridades de protección de datos personales de otras jurisdicciones, de carácter internacional o transnacional. Por el otro lado, la Autoridad Catalana de Protección de Datos apoya su competencia en el artículo 56 de la Ley Orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales, 3/2018, de 5 de diciembre, en cuya virtud (el subrayado es nuestro):

“1. Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la titularidad y el ejercicio de las funciones relacionadas con la acción exterior del Estado en materia de protección de datos.

Asimismo a las comunidades autónomas, a través de las autoridades autonómicas de protección de datos, les compete ejercitar las funciones como sujetos de la acción exterior en el marco de sus competencias de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, así como celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional y acuerdos no normativos con los órganos análogos de otros sujetos de derecho internacional, no vinculantes jurídicamente para quienes los suscriben, sobre materias de su competencia en el marco de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales”.

Asimismo, siguiendo con el análisis de la naturaleza jurídica del instrumento que se desea utilizar, como consecuencia de la presencia de dicho elemento internacional, se plantea la inclusión de este instrumento jurídico bien (i) dentro de la categoría de los convenios administrativos a que hace referencia el artículo 47 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (en adelante ley 40/2015), bien (ii) dentro de la categoría de los Acuerdos Internacionales no normativos (AINN) a que hacen referencia el artículo 2, letra c), y el Título IV de la ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, (en adelante, ley 25/2014).

El Acuerdo Internacional no normativo (AINN) se define en el citado art. 2 letra c), como “*acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional*”. Derivado de dicha definición, el rasgo que parece fundamental para la caracterización de estos acuerdos internacionales de carácter no normativo (AINN) es que estos **contengan una mera declaración de intenciones o se establezcan únicamente compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico**.

Dicho lo cual, si se examina el borrador de Memorando de Entendimiento presentado, este contiene una cláusula segunda de objetivos en la que además de otras cuestiones se indica que: “*Mediante el presente Memorándum, las Partes procurarán, en el ejercicio de sus respectivas*

competencias, realizar los esfuerzos necesarios para promover la colaboración y la cooperación técnica, en materia de privacidad y protección de datos personales”, y una cláusula décima sobre límites legales y naturaleza jurídica del presente memorándum en cuya virtud se señala que: “El presente Memorándum no es un acuerdo legal internacional y no implica ninguna obligación legal internacional para las Partes”. Por lo tanto, la consideración general que ofrece la lectura del clausulado del MOU sometido a esta consulta es que constituyen declaraciones de intenciones o compromisos de actuación de contenido político o técnico, relacionados todos ellos, de manera general, con la difusión, promoción y avance, en términos amplios, de las mejores prácticas en la protección de los datos personales y en materia de privacidad, más que verdaderos compromisos o convenciones con efectos jurídicos entre las partes en el sentido establecido en el artículo 47.1 de la ley 40/2015, de 1 de octubre.

En consecuencia, habrá de estar a la voluntad de las partes para determinar si quieren en realidad (i) un convenio administrativo con efectos jurídicos, ejecutables, en cuyo caso el instrumento se integraría dentro de los denominados Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes, regulados en la letra c) del art. 47 de la ley 40/2015, o (ii) un Acuerdo internacional no normativo (AINN), no generador de obligaciones jurídicas internacionales (o de ningún otro tipo), y en cuyo caso habrá de hacerse constar así expresamente, mediante la voluntad consciente y reiterada en este sentido.

Aunque el documento presentado se denomina “Memorando de Entendimiento”, lo cierto es que su denominación no se considera esencial, por cuanto Memorando de Entendimiento no deja de ser una de las apelaciones que usa la doctrina para referirse precisamente a la categoría de Acuerdos Internacionales No Normativos (véase por ejemplo al respecto el capítulo 3 de la Orden Circular número 9/2018, de 10 de julio de 2018, de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de normas para la tramitación de los tratados internacionales, acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos por parte de los órganos de dicho departamento: utiliza la denominación “MOU” -memorandum of understanding, en inglés- para referirse a dichos acuerdos internacionales no normativos). Véase también

Dictamen del Consejo de Estado 808/2013, de 3 de octubre de 2013, sobre el Anteproyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales, el cual refiere que la memoria del anteproyecto explica, respecto de los acuerdos no normativos, que dicha categoría incluye todos los acuerdos que no crean, modifican o extinguen ninguna relación jurídica, ya sea de derecho interno o de derecho internacional, denominados en la práctica española “memorandos de entendimiento”, y gentlemen’s agreements, o pactos de caballeros, en la práctica internacional.

Así las cosas, y tras el análisis de las declaraciones y manifestaciones de voluntad que se plasman en el Memorando presentado, el borrador sometido a Informe presentaría las características, en principio, propias de un Acuerdo internacional no normativo (AINN), cuya peculiaridad, de acuerdo con el tan mencionado art. 2, letra c), de la ley 25/2014, es que *“no constituye fuente de obligaciones internacionales, ni se rige por el derecho internacional”*, aunque comprenda un elemento internacional. A la vista de lo expuesto, se observa que este MOU no innova el ordenamiento jurídico interno, sino que se presenta como un instrumento para el desarrollo de la competencia propia de los firmantes mediante la emisión de declaraciones de intenciones o el establecimiento de compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico.

II

Una vez determinado que el presente borrador de Memorando puede ser calificado como un Acuerdo internacional no normativo (AINN), en el sentido de la ley 25/2014, el título V de esta ley establece la necesidad de que los proyectos de acuerdos internacionales no normativos sean informados por el servicio jurídico respectivo del organismo público que los celebre, y dicho Informe deberá tener el contenido, al menos, establecido en el artículo 45 de la ley 25/2014. Dicho precepto dice así: Artículo 45. *“Informe. Los proyectos de acuerdos internacionales no normativos serán informados por el Servicio Jurídico respectivo del órgano u organismo público que los celebre acerca de su naturaleza, procedimiento y más adecuada instrumentación según el Derecho Internacional, en particular, dictaminará sobre si dicho proyecto debería formalizarse como tratado internacional o como acuerdo internacional administrativo. Asimismo, informará sobre la competencia para celebrarlo y sobre su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias”*.

En el expediente relativo a acuerdos no normativos que impliquen obligaciones financieras se acreditará la existencia de financiación presupuestaria adecuada y suficiente para atender los compromisos que se derivan de los mismos mediante informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”.

Como se ha desarrollado hasta ahora, quien suscribe considera que nos encontramos ante un acuerdo internacional no normativo por encajar en la definición prevista en el artículo 2, letra c), de la ley 25/2014, sin que por lo tanto se considere que deba tramitarse como un tratado internacional o como un acuerdo internacional administrativo; en el primero de los casos, al menos, porque no se pretende que tenga dicho Instrumento efectos jurídicos vinculantes, y respecto de la consideración del borrador de Memorando como un acuerdo internacional administrativo, no existe tampoco un tratado previo que prevea la necesidad de un acuerdo internacional administrativo que desarrolle aquél. Por lo que hace al procedimiento, en la tramitación interna, el art. 46.1 de la ley 25/2014 no requiere la tramitación prevista en el Título II de dicha ley, estableciéndose que los signatarios tienen autonomía para decidir el procedimiento. En lo que hace a la competencia para celebrar este tipo de acuerdos internacionales no normativos, el art. 44 de la ley 25/2014 permite que estos acuerdos sean celebrados por el Gobierno, los departamentos ministeriales, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades Públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello. Respecto de la competencia específica de la Autoridad Catalana en materia de protección de datos el art. 56.1 LOPDGDD, que lleva por título “Acción exterior” establece que (el subrayado es nuestro): “*Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la titularidad y el ejercicio de las funciones relacionadas con la acción exterior del Estado en materia de protección de datos.*”

Asimismo a las comunidades autónomas, a través de las autoridades autonómicas de protección de datos, les compete ejercitar las funciones como sujetos de la acción exterior en el marco de sus competencias de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, así como celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional y acuerdos no normativos con los órganos análogos de otros sujetos de derecho internacional, no vinculantes jurídicamente para quienes los

suscriben, sobre materias de su competencia en el marco de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales".

Asimismo, es de destacar el artículo 57 RGPD, el cual establece que entre las funciones de las autoridades de control se incluye la de controlar la aplicación del propio Reglamento y hacerlo aplicar, promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento de los datos personales; promover la sensibilización de los responsables y encargados del tratamiento acerca de las obligaciones que les incumben; cooperar, en particular compartiendo información, con otras autoridades de control y prestar asistencia mutua con el fin de garantizar la coherencia en la aplicación y ejecución del Reglamento; hacer un seguimiento de cambios que sean de interés, en la medida en que tengan incidencia en la protección de datos personales, en particular el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y las prácticas comerciales; así como desempeñar cualquier otra función relacionada con la protección de los datos personales.

El art. 56.1 LOPDGDD establece que corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la titularidad y el ejercicio de las funciones relacionadas con la acción exterior del Estado en materia de protección de datos. Si bien la necesidad de una autoridad pública independiente en esta materia es un requisito establecido por el Derecho de la UE, como el art. 16 del TFUE (versión consolidada, DOUE 7 de julio de 2016), o el RGPD (art. 51.1), y desarrollada esta materia por la LOPDGDD, como hemos visto. La STC 290/2000, de 30 de noviembre (FJ 8º y 9º), ya tuvo ocasión de examinar la peculiar naturaleza de la AEPD: *"En efecto, al dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 18.4 CE, el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales, como se determina en los apartados 2 a 5 del art. 17 LORTAD, no ha querido sin embargo que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de Protección de Datos, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye y, en su caso, a través de las*

reclamaciones de los afectados ante la Agencia de Protección de Datos (art. 17.1), las que provocarán la posterior actuación de este órgano. Por lo que cabe estimar que existe una correspondencia entre las funciones y potestades que la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos y el carácter preventivo de sus actuaciones. Pues es este carácter tuitivo o preventivo el que, en última instancia, justifica la atribución de tales funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada”.

Dado que el propio artículo 56.1 establece que las Comunidades Autónomas a través de las autoridades autonómicas de protección de datos ejercitarán las funciones como sujetas de acción en el exterior dentro del marco de sus competencias, cabe concluir que de conformidad con el artículo 56.1 Ley Orgánica 3/2028 la Autoridad Catalana de Protección de Datos tiene capacidad para firmar un acuerdo internacional no normativo siempre que lo haga dentro del ámbito de sus competencias, por ser este el límite que dispone la propia ley que le habilita para hacerlo.

III

En cuanto a la adecuación al orden constitucional de distribución de competencias, teniendo en cuenta la condición de ser una autoridad autonómica de control uno de los firmantes de este MOU, resulta indispensable extremar el respeto a distribución de competencias prevista en esta materia. A este respecto, por un lado el ámbito de competencias propio de las autoridades autonómicas de protección de datos se establece en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre:

“1. Las autoridades autonómicas de protección de datos personales podrán ejercer, las funciones y potestades establecidas en los artículos 57 y 58 del Reglamento (UE) 2016/679, de acuerdo con la normativa autonómica, cuando se refieran a:

a) Tratamientos de los que sean responsables las entidades integrantes del sector público de la correspondiente Comunidad Autónoma o de las Entidades Locales incluidas en su ámbito territorial o quienes presten servicios a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta.

b) Tratamientos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas en materias que sean competencia de la correspondiente Administración Autonómica o Local.

c) Tratamientos que se encuentren expresamente previstos, en su caso, en los respectivos Estatutos de Autonomía.

2. Las autoridades autonómicas de protección de datos podrán dictar, en relación con los tratamientos sometidos a su competencia, circulares con el alcance y los efectos establecidos para la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 55 de esta ley orgánica”.

Por otro lado, dada la conexión de este MOU con el uso de la tecnología de inteligencia artificial tal y como expresa la Memoria Justificativa obrante en este expediente: “La APDCAT, en el marco de la Red de Delegados de Protección de Datos (DPD en Xarxa), y en colaboración con el profesor y experto Alessandro Mantelero, ha elaborado un modelo para la evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales en el uso de inteligencia artificial, denominado modelo FRIA catalán. Es una metodología pionera en Europa que se articula en torno a un modelo teórico pero acompañado de su aplicación a varios casos de uso”, resulta esencial asegurar y garantizar que su alcance quedará comprendido dentro de su ámbito competencial también dentro de esta materia. En este sentido, corresponde a la propia Autoridad Catalana de Protección de Datos a través de su Servicio Jurídico justificar que este MOU se realiza dentro del estricto ámbito competencial que le corresponde en esta materia de conformidad con el ut supra transcrito artículo 45 de la Ley 25/2014, el cual no consta en la documentación recibida.

Sin perjuicio de lo anterior, partiendo de la consideración de un sistema de IA como un conjunto de algoritmos y tecnologías que simulan el comportamiento humano, como el pensamiento, el aprendizaje, y la toma de decisiones, el primer apunte que corresponde hacer es el relativo a la distribución de competencias que la CE ha realizado en esta materia. El fomento y la coordinación general de la investigación científica y técnica en España son responsabilidad del Estado ex artículo 149.1.15 CE. Este mandato se concreta en la actualidad en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, cuyo título primero desarrolla las

competencias del Estado en materia de coordinación general de la investigación científica e innovación y regula la gobernanza del sistema. La Estrategia Española de la Ciencia y la Tecnología se concibe como el marco de referencia plurianual para alcanzar un conjunto de objetivos generales, compartidos por la totalidad de las Administraciones Públicas con competencias en materia de fomento de la investigación científica y técnica.

Por lo tanto, la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Ciencia y Tecnología se manifiesta en la posibilidad de desarrollar sus propias políticas, instrumentos y programas de I+D+i, dentro del marco general establecido por el Estado, respetando siempre la gestión y promoción de la ciencia y la tecnología como competencias estatales.

En segundo lugar, debe tenerse también en consideración el papel de la UE en la regulación de la Inteligencia Artificial. Con la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (en adelante Reglamento de Inteligencia Artificial-RIA), se ha propuesto definir un marco jurídico para el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial en Europa que se centre en el ser humano, sea respetuosa con los valores de la UE y los derechos fundamentales de las personas, y apoye la innovación.

El citado Reglamento de Inteligencia Artificial tiene por objetivo mejorar el funcionamiento del mercado interior en relación con los sistemas de Inteligencia Artificial a partir de la definición de los requisitos que deben cumplir estos sistemas para poder ser introducidos en el mercado, puestos en servicio o ser utilizados en la UE.

Para ello se disponen unas normas comunes a nivel europeo que regulan el desarrollo y el uso de los sistemas de IA con las que garantizar la libre circulación, el mercado interior y la seguridad jurídica. Además, el RIA prohíbe determinadas prácticas de IA que puedan ser contrarias a los valores europeos o a los derechos fundamentales y establece unos requisitos para determinados sistemas de IA, así como unas obligaciones para los proveedores y responsables de despliegue. Por último, el citado Reglamento define una gobernanza tanto a nivel europeo como estatal para el seguimiento, vigilancia y garantía de su cumplimiento.

Por lo tanto, **el ejercicio de las competencias autonómicas en esta materia habrá de entenderse limitado no solo por el respeto a las**

competencias estatales en esta materia, sino también por el respeto a la normativa europea existente sobre la misma.

IV

Del borrador de Memorando sometido a Informe, resulta que no hay transferencia de recursos financieros relacionada con este Memorando (cláusula Quinta, recursos financieros), por lo que no implica obligaciones financieras para la Autoridad Catalana de Protección de Datos. El art. 47 de la ley 25/2014 requiere que en este tipo de acuerdos internacionales no normativos se incluya en todo caso la referencia al “Reino de España” junto con la mención del signatario, por ello, el Memorando recoge expresamente dicha mención al referirse a la Agencia Catalana de Protección de Datos del Reino de España en el título del mismo.

El art. 48 de esa misma ley requiere que una vez firmado este acuerdo internacional no normativo se remita copia de este al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para su inscripción en el registro administrativo de dichos acuerdos, lo que habrá que hacer igualmente con este Memorando.

Por último, hay que hacer mención una cuestión no menos importante y que parece derivarse de lo establecido en el artículo 2 letra c) y en el artículo 43 de la ley 25/2014; y es que, como hemos mencionado, estos acuerdos internacionales no normativos no constituyen fuente de obligaciones internacionales ni se rigen por el derecho internacional. Por lo tanto, y según la doctrina autorizada: (...) no son susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento, si bien sí están sometidos a las exigencias de la buena fe y generan una suerte de obligación política o moral, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias para el Estado incumplidor. Tampoco puede, en modo alguno, servir para modificar lo previsto en un tratado internacional previo. Y, desde luego, será su contenido jurídico y la voluntad de las partes de crear (o no) obligaciones jurídicas internacionales lo que determine, finalmente, su consideración como AINN o como tratado y no su nombre o su forma. De ahí que resulte capital que la formulación que se dé a este tipo de acuerdos deje meridianamente clara la voluntad de los firmantes de excluir la generación de obligaciones jurídicas internacionales y la intención expresa de no quedar regidos por el Derecho internacional (ni por ningún otro ordenamiento jurídico).

Para demostrar esta ausencia de voluntad de quedar vinculados, y con referencia a una suerte de “guía informal” existente en la Asesoría Jurídica

Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación sobre recomendaciones para la adecuada formulación de un acuerdo internacional no normativo, se trata de evitar todo tipo de términos que denoten obligatoriedad jurídica, sustituyéndolos por otros que pongan en evidencia el carácter no vinculante del instrumento. Conviene, dice en dicha guía informal, no utilizar títulos como protocolo o acuerdo, sino más bien otros como acuerdo internacional no normativo, o simplemente MOU (memorandum of understanding); es igualmente preferible utilizar apartados en lugar de artículos, o firmantes en lugar de partes, y por supuesto resulta capital evitar la formulación de cualquier tipo de obligación jurídica. En este sentido, la cláusula decimosexta del Memorando recoge adecuadamente en materia de resolución de disputas que: *“Las Partes harán todo lo posible para resolver cualquier desacuerdo que pueda surgir en el marco del presente Memorándum mediante la negociación entre los puntos de contacto designados en la Cláusula Quinta.*

En caso de que los puntos de contacto no lleguen a una resolución dentro de un plazo razonable, los conflictos se resolverán mediante discusión y negociación entre los máximos dirigentes de las Partes.

El presente Memorandum no es jurídicamente vinculante ni está sometido al Derecho internacional”.