

# MATINAL – CAUTELES EN LA PREPARACIÓ DE PLECS A LA LLUM DE LA NOVA REGULACIÓ DE PROTECCIÓ DE DADES DE CARÀCTER PERSONAL

Joaquín Cañada González

Delegación de Protección de Datos de la Generalitat

Delegació  
de Protecció  
Dades GVA



GENERALITAT  
VALENCIANA

# 1.- NORMATIVA

- **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.**
  - Importante: Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones
- **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).**
- **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales**

## 2.- ¿DESDE CUÁNDO?

Delegació  
de Protecció  
de Dades GVA

LORTAD

stands for

**Ley Orgánica de  
Regulación del Tratamiento  
Automatizado de Datos  
Personales**



Abbreviations.com

LEY ORGÁNICA  
15/1999, DE 13 DE  
DICIEMBRE

DE PROTECCIÓN DE  
DATOS DE CARÁCTER  
PERSONAL

### 3.- ALGUNOS CONCEPTOS IMPORTANTES

- Responsable del tratamiento: «*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento*». Una AAPP en el ejercicio de sus competencias tendrá esta consideración.
- Encargado del tratamiento: «*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*». Supuestos habituales en la administración: Delegación de competencias, Encomiendas de gestión, Encargos, Entidades colaboradoras, Contratos del SP.
- Comunicación de datos: Comunicación de datos a un tercero. Supone la comunicación por transmisión de un responsable a otro responsable.

### 3.- ALGUNOS CONCEPTOS IMPORTANTES

- Protección de datos desde el diseño

*«el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas (...) concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos» (art. 25.1 RGPD)*

- Protección de datos por defecto

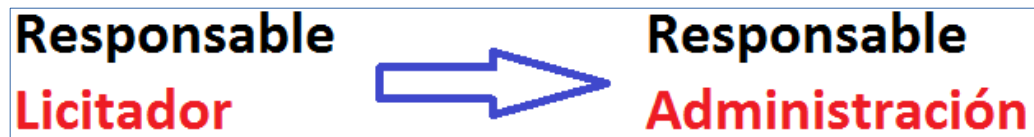
*«El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento» (art. 25.2 RGPD).*

Ambos principios son aplicables a los procesos de gestión.

## 4.- TRATAMIENTOS DE DATOS RELACIONADOS CON UN EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

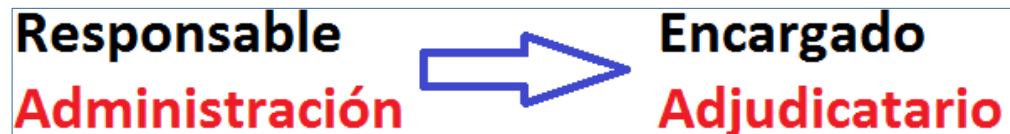
### • Licitación

- Presentación de ofertas. Ej.: Art. 76. “Concreción de las condiciones de solvencia”: *“nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación”*



### • Adjudicación

- Prestación del servicio



- Responsabilidades derivadas de la relación administración – adjudicatario. Comunicación RNT -antiguo TC2- (Art. 42.2 del ET). Art. 19 LOPDG



## 5. ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO EN LAS AAPP

- **Tratamiento de datos por cuenta de terceros:** El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos siempre que se cumpla lo establecido en el RGPD.
- **Figura del encargado del tratamiento en las AAPP:** “Tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679. Esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público”.

## 5. ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO EN LAS AAPP

### DOS CONDICIONES BÁSICAS PARA CALIFICAR A UN ENCARGADO DEL TRATAMIENTO:

- **a) Ser una entidad separada del responsable del tratamiento:** significa que el responsable del tratamiento decide delegar la totalidad o parte de sus actividades de tratamiento a una organización externa. Si el responsable del tratamiento decide tratar los datos él mismo, utilizando sus propios recursos dentro de su organización, por ejemplo a través de su propio personal, no estaríamos ante un caso de encargo del tratamiento.
- **b) Tratamiento de datos personales en nombre del responsable:** Requiere el encargado trate los datos personales en beneficio del responsable del tratamiento. El tratamiento debe hacerse en nombre de un responsable y bajo su autoridad o control directo.

**ALGUNOS EJEMPLOS:** Centralitas, soporte informático, proveedor de servicios en la nube, asesoramiento laboral o fiscal, etc.



# REAL DECRETO-LEY 14/2019. Algunas precisiones:

- **116.1 LCSP:**

- **Donde dice:** «En aquellos contratos cuya ejecución requiera de la cesión de datos por parte de entidades del sector público al contratista, el órgano de contratación en todo caso deberá especificar en el expediente de contratación cuál será la finalidad del tratamiento de los datos que vayan a ser cedidos».
- **Debemos entender:** En aquellos contratos cuya ejecución requiera de la cesión de datos o el tratamiento de datos por cuenta de terceros (...) finalidad del tratamiento de los datos que vayan a ser cedidos.

- **122.2 LCSP (párrafo 4º):**

- **Donde dice:** «en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, adicionalmente en el pliego se hará constar: a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos»
- **Debemos entender:** a) La finalidad para la cual se tratarán dichos datos

- **202.1 LCSP (párrafo 3º):**

- **Donde dice:** «en los pliegos correspondientes a los contratos cuya ejecución implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista»
- **Debemos entender:** en los pliegos correspondientes a los contratos cuya ejecución implique la tratamiento de datos por el contratista por cuenta de las entidades del sector público.

# CONTRATO O ACTO JURÍDICO VINCULANTE

- **28.3 RGPD:** El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable.
  - ✓ El contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 constará por escrito, inclusive en formato electrónico (28.9 RGPD).
- 153.1 LCSP
  - Establece que *“los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación”*, por lo que, con carácter general, será más adecuado que se utilicen los pliegos, o anexo a los mismos, para regular las condiciones del tratamiento:
    - ✓ **Pliego de cláusulas administrativas:** En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán, entre otros, los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.
    - ✓ **Pliego de prescripciones técnicas:** se trata de especificaciones, entre otras, que definen las características exigidas de un servicio.

- **GARANTÍAS (Art. 28.1 RGPD)**: “Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado”. Dependerá del objeto del contrato.
- **Garantías previstas en el RGPD:**
  - Códigos de conducta y mecanismos de certificación: Se prevé mecanismos de prueba de garantías mediante la adhesión a un código de conducta o la certificación de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 a 43 del RGPD.
  - ✓ El art. 28.5 RGPD dispone que *“La adhesión del encargado del tratamiento a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrá utilizarse como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes a que se refieren los apartados 1 y 4 del presente artículo”*.

- **Garantías previas:**

- Prohibiciones para contratar (art. 71.2 d) LCSP. Nueva redacción con el RD-Ley 14/2019).

*«Son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar: d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f)».*

Art. 122.2 LCSP (Nueva redacción RD-Ley 14/2019): *«En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones» de protección de datos «deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211».*

Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

- **Garantías previas:**

- **Solvencia técnica o profesional:**

- ✓ Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato.
- ✓ Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato.
- ¿Certificación profesional del DPD? cabe recordar que no existe obligación de disponer de ella y que en el mercado existen diversas (AEPD, APEP, IAPP y otras similares). En el caso de valorar este punto no se puede exigir una concreta, pues podría dar lugar a impugnación del concurso.

- **Garantías previas:**

- ➔ **Adscripción de medios:** «los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello».
- ✓ Tener en cuenta el carácter de obligación esencial contractual o posibilidad de establecer penalidades en caso de incumplimiento.
- ➔ **Criterios de adjudicación:** permiten valorar de forma objetiva la oferta concreta que el empresario decida presentar. El artículo 145.1 de la LCSP dice que “La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”. Entre los aspectos a valorar, se establecen los siguientes:
  - ✓ La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, (...).
  - ✓ La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.
  - ✓ Los criterios de adjudicación permiten aplicar los principios de protección de datos desde el diseño de forma que se establezcan las garantías de cumplimiento que deben ofrecer las empresas licitadoras.

- **Otras garantías:**

- **Causas de resolución:** Por último, cabe mencionar que entre las causas de resolución de los contratos reguladas en el art. 211.1 f) de la LCSP, está, además del incumplimiento del objeto del contrato, *“el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes”*:
  - ✓ 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos (que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración).
  - ✓ 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Contenido esencial (letras a) a e) del art. 122.2 LCSP):

- ✓ Finalidad para la cual se cederán dichos datos.
- ✓ Obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la UE en materia de protección de datos.
- ✓ Obligación de presentar antes de la formalización del contrato una declaración de ubicación de servidores y cualquier cambio que se produzca.
- ✓ Obligación de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos.

- **Otras garantías:**

- **Penalidades:** El art. 192 de la LCSP establece la posibilidad de que los pliegos puedan prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato. Para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido.
- ✓ Estas penalidades, si bien se aplican una vez se está ejecutando el contrato, suponen un elemento para, de alguna forma, obligar al adjudicatario cumplir con los compromisos adquiridos en el contrato, pudiendo incluir elementos relacionados con las garantías a adoptar en relación con el tratamiento de datos personales por cuenta de la Administración contratante.



# CONTENIDO DEL CONTRATO O ACTO JURÍDICO

Delegació  
de Protecció  
de Dades GVA

RGPD	LCSP
Tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable inclusive con respecto a las Transferencias Int.	Finalidad para la cual se cederán dichos datos
Garantizará personas autorizadas para tratar datos se hayan comprometido a respetar confidencialidad	Obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos
Tomará todas las medidas de seguridad necesarias	Ubicación de servidores
Condiciones de subcontratación	Comunicar cualquier cambio en relación con la ubicación de servidores
Asistirá al responsable en cuanto a ejercicio de derechos	Subcontratación
Ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad	
Suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios	
Pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento	

- Objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable
  - LCSP: “*el pliego se hará constar: a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos*” (122 LCSP).
- Estipulará, en particular, que el encargado:
  - Tratará los datos personales únicamente **siguiendo instrucciones documentadas del responsable**, inclusive con respecto a las **transferencias de datos personales** a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público.
    - ✓ La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.
    - ✓ Ubicación de servidores y comunicación de cualquier cambio al respecto.

- Garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;
- Tomará todas las medidas de seguridad necesarias:
  - ✓ Disp. Adicional primera LOPDGDD: *“En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad”*. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA.

- Ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado:
  - ✓ Medidas de seguridad.
  - ✓ Violaciones de seguridad:
    - × Notificación de una violación de la seguridad
    - × Comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado
  - ✓ Evaluación de impacto relativa a la protección de datos
  - ✓ Consulta previa
- EJERCICIO DE DERECHOS: Asistirá al responsable para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados.
  - ✓ El encargado podrá tramitar, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio formuladas por los afectados de sus derechos si así se estableciere en el contrato o acto jurídico que les vincule (art. 12.3 LOPDGDD).

## → SUBCONTRATACIÓN:

- ✓ El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la **autorización previa por escrito, específica o general**, del responsable. Si la autorización es general: el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados (28.2 RGPD).
- ✓ Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, **se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico** establecido con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, **las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado** a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de **garantías suficientes** de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento. Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, **el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable** ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado (28.4 RGPD).

## → SUBCONTRATACIÓN:

- ✓ 122.2 LCSP: e) La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.
- ✓ 215 de la LCSP que establece que la posibilidad de subcontratar y las normas por las que se rige:
  - × El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos.
  - × Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, (...) condiciones de solvencia profesional o técnica.
  - × En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla (ref. a elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia).
  - × En los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal.

- A elección del responsable, **suprimirá o devolverá todos los datos personales** una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros.
- ✓ El responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado (33.3 LOPDGDD).
- ✓ No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación, en cuyo caso deberán ser devueltos al responsable, que garantizará su conservación mientras tal obligación persista (33.3 LOPDGDD).
- ✓ El encargado del tratamiento podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento (33.4 LOPDGDD).
- Pondrá **a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento** de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.

- Si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento (28.10 RGPD).
- Infracciones:
  - ✓ Muy graves (72.1 LOPDGDD):
  - ✓ Graves (73 LOPDGDD):
    - × La contratación por el responsable del tratamiento de un encargado de tratamiento que no ofrezca las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.
    - × Encargar el tratamiento de datos a un tercero sin la previa formalización de un contrato u otro acto jurídico escrito con el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679.
    - × La contratación por un encargado del tratamiento de otros encargados sin contar con la autorización previa del responsable, o sin haberle informado sobre los cambios producidos en la subcontratación cuando fueran legalmente exigibles.
    - × La infracción por un encargado del tratamiento de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica, al determinar los fines y los medios del tratamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.10 del citado reglamento.



- ✓ Leves (74 LOPDGDD):
  - × La falta del cumplimiento de la obligación del encargado del tratamiento de informar al responsable del tratamiento acerca de la posible infracción por una instrucción recibida de este de las disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679 o de esta ley orgánica, conforme a lo exigido por el artículo 28.3 del citado reglamento.
  - × El incumplimiento por el encargado de las estipulaciones impuestas en el contrato o acto jurídico que regula el tratamiento o las instrucciones del responsable del tratamiento, salvo que esté legalmente obligado a ello conforme al Reglamento (UE) 2016/679 y a la presente ley orgánica o en los supuestos en que fuese necesario para evitar la infracción de la legislación en materia de protección de datos y se hubiese advertido de ello al responsable o al encargado del tratamiento..

- NULIDAD (39.2 h) LCSP): La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122.
- RESOLUCIÓN (211.1 f) LCSP: Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo.
- ✓ 122.2 LCSP: En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones recogidas en las letras a) a e) anteriores en todo caso deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

