

SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En relación a la solicitud de información por parte de un ayuntamiento de la provincia respecto de la licitación de un contrato de servicios que impone al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, y la forma de comunicar tal información por parte del actual encargado de tratamiento, se concreta lo siguiente.

ANTECEDENTES.

Se plantea la licitación de un contrato de servicios que, en virtud del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prevé la eventual subrogación de trabajadores.

Acompaña la relación de los trabajadores afectados aportada por la entidad que actualmente presta el servicio, y sobre la que se plantea dudas en tanto a su conformidad a la normativa en materia de protección de datos.

Existiendo un informe de este Delegado de fecha 13 de noviembre de 2019 citando las modificaciones introducidas por el 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, se completará el presente con las apreciaciones de tal informe, así como aquellas otras que se consideran relevantes para asegurar el respeto en todas las fases de contratación de la normativa en materia de protección de datos.

NORMATIVA APLICABLE.

- 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, en adelante RGPD.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPD.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en adelante LTAIBG.

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

- Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, en adelante ENS.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- La contratación pública implica el tratamiento de datos de carácter personal, sobre todo en el ámbito de los contratos de concesión de servicios (artículos 15 y 284 y ss LCSP) y de los de servicios (artículos 17 y 308 y ss LCSP), disponiendo la Disposición Adicional 25ª de la LCSP que **los contratos regulados en la misma Ley deben respetar en su integridad la legislación de protección de datos y su normativa de desarrollo y además:**

- Que **cuando la contratación implique el acceso del contratista a datos** de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel **tendrá la consideración de encargado del tratamiento**, y que al finalizar la prestación contractual los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que esta hubiese designado.

- Que **cuando un tercero trate datos personales por cuenta del contratista encargado del tratamiento, este tendrá también la consideración de encargado del tratamiento** y deberán de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en la normativa.

SEGUNDO.- Atendiendo a las definiciones del artículo 4 RGPD, **responsable del tratamiento** es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento (de manera general, **el ente contratante**) y **encargado del tratamiento** es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos por cuenta del responsable del tratamiento (de manera general, **el adjudicatario**), y sobre los cuales actúan dos normativas sectoriales, la de contratación y la relativa a la protección de datos personales.

Por **tratamiento** se entiende **cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales**, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción. Esto incluiría la elaboración de las nóminas del personal del ente contratante, gestión del cobro de impuestos para el mismo, el mantenimiento de sus equipos informáticos, el control de sus cámaras de videovigilancia, etc.

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

TERCERO.- La regulación de un encargo de tratamiento establecerá la posición, responsabilidades y obligaciones de cada uno de los actores intervinientes en el tratamiento, y deberá reunir en cualquier caso los requisitos establecidos en el artículo 28 del RGPD.

En cualquier caso, el responsable deberá determinar 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, sin que proceda 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. El encargado del tratamiento podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.

A pesar de que el art. 33.2 de la LOPD señala que 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 art. 28.3 RGPD, esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la LCSP tal y como ha determinado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) en su informe 809/2019.

CUARTO.- En los casos en que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato **que implique tratamiento de datos, las medidas de seguridad de éste** se corresponderán con las de la esta entidad pública de origen, **y se ajustarán al ENS**, que establece los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada (artículos 46 y 156 LRJSP y Disposición Adicional 1ª LOPD).

En este sentido, el Centro Criptológico Nacional dispone de un documento (accesible en la sección del Consejo de Certificación del Esquema Nacional de Seguridad de su web) en el que se recogen las obligaciones de los prestadores de servicios, obligaciones que resultan útiles para la redacción de los encargos de tratamiento y que incluyen las siguientes:

- Descripción de servicios y modalidad.
- Ubicación de la información.
- Medidas de seguridad implementadas.
- Cumplimiento de la normativa vigente de protección de datos.
- Incidentes de seguridad.
- Portabilidad de la información.
- Cadena de subcontratación y sus cambios.
- Capacidad y dimensionamiento del sistema.

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

QUINTO.- De otro lado, **los principios del RGPD deben tenerse en cuenta en el momento de tratar los datos personales relativos a una persona física identificada o identificable**, por lo que para que el tratamiento de datos personales sea lícito, en la licitación deberá observarse el principio de transparencia al recabar los datos personales de los licitadores, debiendo informar a los interesados de que se van a tratar sus datos; por quién, para qué, cómo, durante cuánto tiempo; y si se van a ceder a un tercero. Los artículos 12 y 13 del RGPD concretan estos aspectos.

Debe señalarse que esta identificación de personas físicas se dará cuando se trate de licitadoras o contratistas, representantes de las personas jurídicas.

SEXTO.- En todo caso **existe una obligación de publicidad activa** que debe observarse. La LTAIBG establece en su artículo 8.1, letra a), la obligación de hacer públicos todos los contratos (concreta qué información es necesaria) y la LCSP determina la obligación de publicar datos de las adjudicaciones y contrataciones tanto a través del perfil del contratante como en el Registro de Contratos del Sector Público (artículos 63, 154 o 346); sin embargo, **entre los principios generales de la publicidad activa se encuentran los límites establecidos por la normativa de protección de datos** de carácter personal (artículo 5.3 LTAIBG).

Ante la necesidad de realizar una ponderación de los bienes jurídicos a proteger para cumplir con el deber de transparencia atendiendo a la normativa de protección de datos personales, además de las consideraciones en tanto a la publicación de los datos de los licitadores y actas de las mesas de contratación que expresa la guía publicada por la AEPD denominada "Protección de Datos y Administración Local", **es muy recomendable observar las pautas señaladas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña**, que indica que los datos identificativos de personas físicas contenidos en los documentos de los expedientes incluirán únicamente a:

- **Personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas: el nombre y los apellidos, sin acompañarlo en ningún caso del DNI.**

- **Empleados públicos que intervienen en los procedimientos** de contratación pública por razón del cargo o funciones: **el nombre, los apellidos, el cargo y los datos de contacto**. En este caso, **es importante que con carácter previo** a la publicación de tales datos **se informe a los afectados** a fin de que, en su caso, puedan alegar circunstancias singulares que desaconsejaran que se publiquen sus datos.

SÉPTIMO.- Los encargados del tratamiento, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento, **estarán sujetas al deber de confidencialidad** al que se refiere el artículo 5.1.f) del RGPD, obligación que se mantendrá **aun finalizada la relación** del obligado con el responsable o encargado del tratamiento.

Ello refuerza el deber de confidencialidad por parte del adjudicatario (artículo 133 LCSP), por lo que la información que se ponga a disposición del mismo sólo podrá tener como destinatarios a los sujetos que lo requieran para la correcta ejecución de la prestación, sin perjuicio de la estricta afectación de la información a los fines que la justifican y para los que se solicite, y sin que pueda cederla a terceros, no siendo de

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):



18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA

18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

aplicación el plazo de cinco años de sujeción a este deber en el caso de los datos de carácter personal.

OCTAVO.- En tanto a los pliegos, deberán mencionar expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos (artículo 122.2 de manera general y 202 LCSP para supuestos que impliquen cesión de datos).

Además, sin perjuicio de lo dispuesto para los encargos de tratamiento, **en los contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable** del tratamiento, **los pliegos incluirán**, entre otros aspectos:

- La finalidad para la cual se cederán dichos datos.
- La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.
- La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a que se refiere el punto anterior.
- 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.

En ese tipo de contratos, **las obligaciones precitadas deberán ser calificadas como esenciales** a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

NOVENO.- En conformidad con el artículo 39.2, letra h), de la LCSP, será **causa de nulidad de derecho administrativo la falta de mención en los pliegos de lo indicado en el epígrafe anterior.**

DÉCIMO.- Respecto a la subcontratación en los casos en que existe un **encargado de tratamiento**, de conformidad con los artículos 28 del RGPD y 215 de la LCSP, **antes de proceder a la misma el encargado debe comunicarlo por escrito al responsable**, identificando de forma clara e inequívoca la empresa subcontratista y sus datos de contacto, y **teniendo éste responsable capacidad de oposición**; esta obligación es extensiva a los supuestos en que se produzcan cambios en la subcontratación. La vulneración de tal obligación se considera una infracción grave de conformidad con lo establecido en el artículo 73.1) de la LOPD.

El subcontratista, que también tiene la condición de encargado, está obligado igualmente a cumplir las obligaciones establecidas para el encargado inicial y las instrucciones que dicte el responsable.

Como se indicó en el Fundamento Primero, corresponde al encargado inicial regular la nueva relación, de forma que el nuevo encargado quede sujeto a las mismas

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

condiciones (instrucciones, obligaciones, medidas de seguridad, etc.) y con los mismos requisitos formales que él, en lo referente al adecuado tratamiento de los datos personales y a la garantía de los derechos de las personas afectadas. En caso de incumplimiento por parte del subencargado, el encargado seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable en lo referente al cumplimiento de las obligaciones.

UNDÉCIMO.- En otra cuestión concreta, el artículo 130 de la LCSP determina que **cuando se imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse** como empleador en determinadas relaciones laborales se deberá facilitar en el pliego la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la misma que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Debe señalarse que el hecho de que sea la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar la obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, **no implica que la información proporcionada deba ponerse a disposición de los licitadores**. Siendo obligación de tal empresa la observación de la normativa de protección de datos, **el órgano de contratación no queda eximido de garantizar su cumplimiento, especialmente en el caso de los Centros Especiales de Empleo**, dónde será habitual la existencia de datos de carácter personal de categoría especial.

Aplicando la debida ponderación con los principios de la normativa en materia de protección de datos, y concretamente el principio de minimización, que establece que los datos serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (artículo 5.1, letra c) RGPD), **la información que debe facilitarse será únicamente la necesaria para hacer un cálculo correcto de los costes laborales** que habrán de asumirse por el nuevo adjudicatario.

CONCLUSIONES.

Las medidas incluidas por el legislador en la normativa de contratos pretenden garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales por parte tanto del sector público, como de los contratistas.

Debe quedar claro que sería irrelevante la adopción de medidas de seguridad, integridad y confidencialidad de la información de la que es responsable una Administración, y a las que obliga tanto la normativa de protección de datos como el ENS, si al adjudicatario del contrato de prestación de servicios, que requiere dicha información para su ejecución, se le permite que trate sus datos personales de cualquier forma.

Por ello el artículo 28.1 del RGPD **obliga a la Administración responsable a elegir encargados de tratamiento que ofrezcan garantías de poder aplicar las correspondientes medidas técnicas y organizativas**, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del RGPD y garanticen la protección de los derechos del interesado. En el ámbito de la contratación pública esto **podría considerarse una condición de actitud de los contratistas y requisito de solvencia técnica** (artículos

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

65 y 74 LCSP). En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León consideró que la acreditación de requisitos de solvencia técnica se ajustan plenamente a derecho como medio para garantizar el cumplimiento de tal artículo (Recurso especial en materia de contratación n.º 112/2019).

La AEPD en su informe 303/2006 se refiere a la relación entre responsable y encargado de tratamiento, señalando que **para que una entidad pueda considerarse encargada de tratamiento es preciso cumplir con el régimen establecido en la LOPD que exige, como premisa previa y esencial, la formalización del correspondiente instrumento jurídico.**

En relación con lo anterior, de acuerdo a los artículos 73.j), 73.k), 73.l) y 77.2, cualquier violación de las prescripciones del artículo 28 del RGPD y 33 de la LOPD constituyen infracción administrativa, tipificando como graves, entre otras, la contratación por el responsable de tratamiento de un encargado que no ofrezca garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas; el encargo de tratamiento a un tercero sin la previa formalización de un contrato con el contenido exigido por la normativa; y la contratación por un encargado de tratamiento de otros encargados sin la autorización previa del responsable o sin informarle sobre los cambios producidos en la subcontratación.

También sería posible que una persona afectada por un tratamiento ilícito que sufra daños y perjuicios materiales o inmateriales exija su derecho a recibir una indemnización (artículo 82 RGPD); lo habitual por parte de un prestador de servicios es el tratamiento masivo de datos, por lo que esta posible afección generalmente se daría para un número indeterminado de interesados.

Por todo ello, es más que interesante que los **modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incorporen un anexo que haga referencia al tratamiento de datos personales** con la finalidad de cumplir con las obligaciones impuestas a los órganos de contratación por el art. 28 del RGPD respecto a los encargados del tratamiento, y declarando en su caso, tal y como hace la AEPD, que el contrato no implica ningún encargo de tratamiento. De este modo se estaría observando el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto (artículo 25 RGPD y Considerando 78) en el contexto de la contratación pública.

Debe remarcar que **los contratistas que actúen como encargados de tratamiento están sujetos al régimen de protección de datos** y, por tanto, a las obligaciones de información y transparencia, llevanza del inventario de actividades de tratamiento y demás previstas en el RGPD y LOPD.

Es importante destacar también que **a través del encargo de tratamiento, el acceso por parte del prestador de servicios a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos** (artículo 33.1 LOPD)

En el caso de la prestación de servicios de limpieza, mantenimiento de instalaciones o similares, **dónde no existe encargo de tratamiento pero se determine que existe riesgo de acceso, aún incidental, a datos de carácter personal, deberá formalizarse un contrato donde se especifique que por parte del responsable no se otorga permiso para acceder a los datos personales y que el adjudicatario se compromete a establecer acuerdos de confidencialidad** con el personal que le presta servicios por si se accediera de manera fortuita a datos personales.

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):



18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA

18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020

No puede olvidarse el cumplimiento del **principio de responsabilidad proactiva** (artículos 5.2 y 24 y considerando 74 del RGPD), por el que **responsable** del tratamiento **debe aplicar las medidas técnicas y organizativas necesarias para cumplir con la normativa y preocuparse por garantizar y demostrar que, en efecto, las aplican y cumplen**. Para ello se podrán (y deberán) establecer controles sobre la custodia y la utilización de la información suministrada u obtenida al amparo del contrato suscrito en los pliegos, como podrían ser:

- Control interno por parte del contratista sobre la información, respecto de la custodia y utilización que de los datos recibidos que realice el personal a su servicio.
- Control por parte del órgano de contratación, que podrá aplicar los controles que determine derivados de su sistema de gestión de la seguridad de la información.

Tales controles podrán tener lugar en cualquier momento durante la ejecución del contrato al objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones que impone la normativa y constituir causa de resolución su incumplimiento.

Lo que se pone en conocimiento de los diferentes responsables de tratamiento de acuerdo a las prescripciones del artículo 39 del RGPD respecto de las funciones del Delegado de Protección de Datos, significando, conforme determina el artículo 38 de la misma norma, que se debe garantizar su participación en forma adecuada y tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales.

EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Plaza de Colón, s/n
14001 – Córdoba
protecciondedatos@dipucordoba.es

Código seguro de verificación (CSV):

18FD 0AA3 CB87 7BCC D5EA



18FD0AA3CB877BCCD5EA

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Delegado de Protección de Datos YUBERO REY DAVID MIGUEL el 12/6/2020

VºBº de Secretario General COBOS CLIMENT JESUS el 13/6/2020