

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen II

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA



APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO "IN VIGILANDO".

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017.

D^a. Patricia Valcárcel Fernández 729

LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS.

D. José Manuel Martínez Fernández 753

LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.

D. Javier Mendoza Jiménez 783

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D^a. Estela Vázquez Lacunza 799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO.

D. Ángel José Cervantes Martín 819

BASES DE PUBLICACIÓN 839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	

PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desacertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago





**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE VII:
PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y
CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA**

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes
de Castilla-La Mancha
DPO de las Cortes de Castilla-La Mancha
Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha (en situación
administrativa de servicios en otras AAPP)

RESUMEN: A través de este artículo se analiza la incidencia que tiene la protección de datos personales en el ámbito de la contratación pública, y, en concreto, la regulación que se contiene en la LCSP, la cual se ha visto también directamente afectada por normas nacionales y europeas que han sido dictadas en materia de protección de datos personales.

ABSTRACT: Through this article we analyze the impact of the protection of personal data in the field of public procurement, and, specifically, the regulation contained in the LCSP, which has also been affected by national

and European regulations that they have been dictated in the matter of protection of personal data.

PALABRAS CLAVE: protección de datos, contratación pública, contratos, encargado de tratamiento, responsable.

KEY WORDS: data protection, public procurement, contracts, processing, responsible.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. II. LA INCIDENCIA DEL RGPD Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN LA LCSP. III. CONCLUSIONES. IV. RECOMENDACIONES.

I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP, se establece una mención específica a la protección de datos de carácter personal en su disposición adicional vigésima quinta, y ello sin perjuicio de algunas otras alusiones que se contienen en la propia norma².

² Así, también se alude a la protección de datos de carácter personal en el artículo 133.1 LCSP cuando indica que *“El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación*



En este precepto relativo a la protección de datos de carácter personal se indica que:

***“Disposición adicional vigésima quinta.
Protección de datos de carácter personal.***

1. Los contratos regulados en la presente Ley que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.

2. Para el caso de que 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.

En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En todo caso, las

pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”; y en el artículo 346.5 LCSP cuando al regular el Registro de Contratos del Sector Público indica que “Asimismo, de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet”.



previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.

Cuando finalice 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.

El tercero encargado del tratamiento conservará debidamente bloqueados los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento.

3. En el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, encargado del tratamiento, 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 el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento”.

Lo primero que hay que resaltar es, por tanto, la escasa referencia normativa expresa que se contiene en la propia LCSP respecto de la protección de datos de carácter personal a pesar de la indudable incidencia que puede tener en el ámbito de la contratación pública.



Por otra parte, la redacción que se contiene en la LCSP es idéntica a la que se establecía en la derogada disposición adicional vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y ello a pesar que ya estaba en vigor³ el 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/CE⁴ (Reglamento general de protección de datos), en adelante RGPD, que supone un hito en la evolución de esta materia⁵.

Además, otro aspecto a tener en cuenta es que la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP está todavía referenciada a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, norma que ha sido derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPDP Y GDD⁶.

³ Aunque se dispone que sería aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99 RGPD).

⁴ El RGPD se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 4 de mayo de 2016.

⁵ Para mayor información sobre la evolución de la normativa en protección de datos, véase la obra de Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M^a: *Manual de protección de Datos*, págs. 39-58, Dikynson. Madrid. 2014.

⁶ Puede verse el artículo de Mayor Gómez, R: *Principales novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos*



En cuanto al contenido de la disposición adicional vigésima quinta la misma implica que en el ámbito de la contratación pública resulta de aplicación la normativa en materia de protección de datos siempre que los contratos supongan el tratamiento de datos de carácter personal de las personas físicas⁷.

Respecto a la calificación de responsable o encargado de los sujetos intervinientes en el tratamiento de los datos personales, se ha fijado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y por los órganos judiciales que lo importante para su delimitación e identificación no sería la causa que motiva el tratamiento sino la esfera de dirección, ordenación o control que se puede ejercitar sobre el tratamiento de datos de carácter personal, que correspondería al responsable del tratamiento, y siendo que, a sensu contrario, tales funciones estarían vetadas al encargado del tratamiento, y cuya diferenciación no en pocas ocasiones puede resultar ciertamente complejo en el ámbito de la contratación pública⁸.

Por tanto, cuando alguno de los sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LCSP celebre un contrato que suponga el tratamiento de datos personales por parte del contratista y a cuenta de aquel, resulta necesario que se formalice en un contrato las

digitales", págs. 201-246, Revista Gabilex nº 16. diciembre 2018.

⁷ Resulta necesario precisar que el objeto del RGPD es la protección de las "personas físicas", no por tanto de las personas jurídicas, en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos.

⁸ Pilar Mañas, J.L: *"Breve nota sobre contratación pública y protección de datos"*, Revista CEMCI, Número 9. Octubre-Diciembre 2010.



cláusulas que trasladen las exigencias y previsiones del artículo 12 LOPD, si bien ahora al haber sido derogado dicho precepto debe entenderse que resultará de aplicación la normativa actualmente vigente representada por el RGPD y la LOPDP Y GDD, que introduce algunas novedades como luego veremos.

En el apartado tercero de la disposición adicional vigésima quinta LCSP se contiene una previsión relativa a la posibilidad de la subcontratación del tratamiento de los datos personales por cuenta de terceros, en donde se exige suscribir un contrato en los términos del artículo 12 LOPD condicionado al cumplimiento de los requisitos en ella expuesta y cuyo incumplimiento podría derivar en la consideración de que se ha producido una cesión inconsentida de datos entre el contratista y el subcontratista y, por tanto, un tratamiento ilícito de datos susceptible de generar responsabilidad en el marco del régimen sancionador previsto en materia de protección de datos. En este supuesto igualmente resultaría actualmente de aplicación el RGPD y la LOPDP Y GDD.

II. LA INCIDENCIA DEL RGPD Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN LA LCSP

La entrada en vigor del RGPD y la LOPDP Y GDD tienen también una indudable incidencia en materia de contratación, y especialmente en la previsión contenida en la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP, ya que el citado precepto queda afectado por aquellas, y en particular por el artículo 28 RGPD.



El RGPD exige que la regulación de la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento debe establecerse a través de un contrato o de un acto jurídico similar que los vincule el cual debe constar por escrito, inclusive en formato electrónico. La posibilidad de regular esta relación a través de un acto jurídico unilateral del responsable del tratamiento es precisamente una de las novedades previstas en el RGPD.

En todo caso, debe tratarse de un acto jurídico que establezca y defina la posición del encargado del tratamiento, siempre y cuando ese acto vincule jurídicamente al encargado del tratamiento, y su contenido debe reunir los requisitos establecidos en el RGPD, a los que más adelante se hará referencia.

Por tanto, en el contrato o acto jurídico similar, normalmente en el pliego de cláusulas administrativas en el ámbito de la contratación pública, debe quedar fijado que los licitadores y el órgano de contratación, en aquellos contratos que impliquen el tratamiento de datos personales, se encuentran obligados al cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos y, en lo que no se oponga a éste, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, omitiéndose ya la referencia a la LOPD que ha sido derogada.

Se mantiene la exigencia que en el supuesto de que la contratación implique el acceso por parte del contratista a datos personales de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado de tratamiento, y, en consecuencia, tiene el deber de cumplir con la normativa vigente en cada

momento, tratando y protegiendo debidamente los datos personales. Tampoco se considerará comunicación de datos cuando se cumpla lo dispuesto ahora en el artículo 28 RGPD, condicionándose igualmente a que las previsiones deban constar por escrito.

Hay que tener en cuenta que cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, debe condicionarse a que el encargado de tratamiento ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos fijados por el RGPD.

Así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 RGPD en las cláusulas administrativas del contrato objeto de licitación habría que fijar las vinculaciones en materia de protección de datos del adjudicatario-encargado respecto del órgano de contratación-responsable, con el siguiente contenido mínimo: duración, naturaleza y finalidad del tratamiento, tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable.

En particular se tienen que contener las siguientes estipulaciones⁹ para su cumplimiento por el encargado de tratamiento:

- tratar los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del órgano de contratación,

⁹ La propia AEPD ha publicado unas directrices para la elaboración de contratos entre responsables de tratamiento y encargados de tratamientos, que puede ser accesible en el siguiente enlace [fecha de consulta 23 de enero de 2019]:
<https://www.aepd.es/media/guias/guia-directrices-contratos.pdf>



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

- garantizar 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;

- asistir al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, 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 establecidos en materia de protección de datos

- ayudar al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas sobre seguridad del tratamiento y consulta previa del RGPD, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado

- suprimir o devolver, a elección del responsable, todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimir 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

- poner a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las

obligaciones establecidas en el artículo 28 RGPD, 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. El encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos

- advertir que si un encargado del tratamiento infringe el RGPD y las estipulaciones del contrato al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento

Por otra parte, la previsión que se contenía en el apartado tercero de la Disposición adicional vigésima quinta LCSP, que se remitía al artículo 12 LOPD derogado, debe entenderse que queda afectada por lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 28 RGPD.

Ahora, de conformidad con el artículo 28 RGPD, cuando el pliego permita la subcontratación de actividades objeto del contrato, y para el caso que el adjudicatario pretenda subcontratar con terceros la ejecución del contrato, y el subcontratista deba acceder a datos personales, el adjudicatario-encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del órgano de contratación-responsable. La falta de respuesta del órgano de contratación a la solicitud del contratista equivale a oponerse a dichos cambios. Además, en este caso, el encargado tiene que informar al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

Asimismo, 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 artículo 28.3 RGPD, 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 RGPD.

Finalmente, en relación con el RGPD, indicar que en el caso de que ese otro encargado incumpla 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.

En cuanto a la LOPD Y GDD, esta norma incide directamente en la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP puesto que deroga expresamente la LOPD, si bien en la disposición transitoria quinta se dispone que los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal mantienen su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022. Se añade que durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento



(UE) 2016/679 y en el Capítulo II del Título V de esa ley orgánica.

También se contiene una referencia específica al ámbito de la contratación en el artículo 33.2 LOPD Y GDD para excepcional a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público la previsión de 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 artículo 28.3 RGPD.

El incumplimiento de las exigencias anteriormente descritas puede acarrear que resulte de aplicación el régimen sancionador previsto en la LOPD Y GDD en el que, entre otras, se considera infracción grave:

- 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 RGPD (artículo 73 j)
- 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 RGPD (artículo 73 k)
- 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 (artículo 73 l)

Otras cuestiones que pueden afectar al proceso de la contratación pública es la prevista en la disposición adicional séptima, que fija los criterios para la protección de datos personales en la identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos realizados por las Administraciones Públicas.

En la LOPDP Y GDD se regula cómo deben actuar las Administraciones Públicas cuando procedan a la publicación y notificación de actos administrativos que contengan datos personales. Así, se detalla que cuando se publique un acto administrativo que contenga datos personales del afectado, se tiene que identificar al mismo *“mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente”*, añadiendo que cuando la publicación esté referida a una pluralidad de afectados esas cifras aleatorias deberán alternarse. En el caso de notificaciones por medio de anuncios, *“se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente”*.

Se contempla que en el supuesto que la persona afectada no tuviera cualquiera de los documentos mencionados anteriormente, se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos.

En todo caso, se declara que en *“ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte*

o documento equivalente”, fijándose cautelas para desarrollar en el ámbito de la violencia de género¹⁰.

III. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar la normativa en materia de protección de datos personales tiene una indudable incidencia en el ámbito de la contratación pública. La regulación que se contiene en la LCSP se ha visto también directamente afectada por las nuevas normas que rigen esta materia lo que obliga a los operadores jurídicos del ámbito de la contratación pública a tener que integrarlas en los contratos entre el responsable y encargado de tratamiento y/o en las cláusulas administrativas de los pliegos de los contratos públicos.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de las exigencias en materia de protección de datos en el proceso de contratación pública puede derivar en la consideración de que se ha producido un tratamiento ilícito de datos personales susceptible de generar responsabilidad en el marco del régimen sancionador previsto en materia de protección de datos, que puede ser especialmente gravoso para las empresas privadas con sanciones económicas de una cuantía muy elevada.

IV. RECOMENDACIONES

¹⁰ Se contempla que, para prevenir riesgos para víctimas de violencia de género, el Gobierno impulse la elaboración de un protocolo de colaboración que defina procedimientos seguros de publicación y notificación de actos administrativos, con la participación de los órganos con competencia en la materia.



Desde el punto de vista de técnica legislativa sería recomendable que por el legislador se adaptara la disposición adicional vigésima quinta a la normativa en materia de protección de datos actualmente vigente introduciendo en su articulado los cambios y adaptaciones que estas prevén.

Para los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de la contratación pública (sector público, empresas privadas...) sería conveniente contar con la participación activa de un Delegado de Protección de Datos que pudiera verificar el cumplimiento normativo en materia de protección de datos personales.