



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 0 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de julio de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo de Fuerteventura en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de «Servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal», adjudicado el 16 de septiembre de 2021 a favor de la entidad (...) (EXP. 279/2022 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura por oficio de 28 de junio de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 1 de julio de 2022, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el «*Contrato menor de servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal*», adjudicado a la entidad (...).

2. La legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC).

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de « (...) *nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa*» [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra a) de 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- señala que « (...) *será preceptivo el dictamen*

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias estas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición de la empresa contratista-.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

4.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre, o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el *«Contrato menor de servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal»*, el 16 de septiembre de 2021, resulta aplicable la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (disposición final decimosexta de la LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

4.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

4.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP- (*«a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»*), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final cuarta LCSP.

Al respecto se ha pronunciado este Consejo Consultivo, entre otros, en los Dictámenes 156/2000, de 20 de diciembre; 348/2006, de 26 de octubre; 78/2007, de 12 de febrero o 320/2020, de 30 de julio.

4.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 25 de mayo de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «procedimiento de ejercicio» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de resolución contractual, procede la aplicación residual del plazo previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado -por el Tribunal Constitucional en Sentencia 68/2021, de 18 de marzo- contrario al orden constitucional de competencias el plazo de ocho meses establecido en el art. 212.8 LCSP; de tal manera *« (...) que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]»*.

La aplicación dicho plazo máximo de tres meses se ha abordado en nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril; 163/2022, de 28 de abril; y 182/2022, de 5 mayo, en los que señalamos que tras la referida Sentencia, y una vez publicada la misma (B.O.E., n.º 97, de 23 de abril de 2021) conforme al art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional se aplicaría el art. 21.3 LPACAP, añadiendo:

« (...) 2.3. Así las cosas, la STC 68/2021, de 18 de marzo, se apoya en que el establecimiento de un plazo específico para los supuestos de resolución contractual se incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases en materia de contratación pública. Al respecto, se recoge que: “ (...) ambas partes reconocen que en esta materia la legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia de desarrollo legislativo

y ejecución”; «Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2)» -Fundamentos jurídicos primero, apartado a) y quinto, apartado B) de la Sentencia).

Como ya se ha destacado, el Tribunal Constitucional comienza por descartar el carácter básico de esta previsión legal («El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica»), de lo que deduce a continuación que a las Comunidades Autónomas les cabe sustituir (es la expresión que emplea) dicha previsión por otra de carácter propio: «La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública».

A partir de lo que se lleva expuesto, hay que entender que a las Comunidades Autónomas les es dado establecer un plazo distinto de caducidad, sea mayor o menor del que contempla el art. 212.8 LCSP.

Una vez declarado contrario el precepto (art. 212.8 LCSP) al orden de distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas por las razones antes expresadas, al otorgar la LCSP carácter básico a dicha previsión legal, la consecuencia que el Tribunal deduce no es la nulidad de dicho precepto, sino «solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras».

Pues bien, en la actualidad no existe ninguna disposición normativa autonómica canaria reguladora del plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual (en sentido análogo al discutido art. 212.8 LCSP). Es más, tampoco existe una remisión específica a la normativa estatal respecto al régimen aplicable a los contratos, puesto que ni la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias contiene precepto alguno respecto al régimen aplicable a los contratos que celebre la Administración autonómica (más allá del genérico art. 2 que dispone que «Las Administraciones Públicas de Canarias se regirán por la Constitución, Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado, la presente Ley y por las normas dictadas en desarrollo de éstas, respondiendo su organización, funcionamiento y régimen competencial a los principios de eficacia, economía, descentralización y máxima proximidad a los ciudadanos») ni ninguna otra norma propia establece que el derecho estatal en esta materia -o con carácter general-, sea supletorio de las normas de nuestra Comunidad Autónoma, y ello a diferencia de lo que sucede en otras regiones, como por ejemplo, en Murcia, cuyo Estatuto de Autonomía sí lo establece (sin olvidar la aplicabilidad del art. 149.3 de nuestra Constitución).

Por lo demás, la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP señala que «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas».

Señalado cuanto antecede, este Consejo Consultivo entiende que procede la aplicabilidad de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común, en este caso, el art. 21.3 LPACAP y, por tanto, el plazo para la instrucción y resolución del expediente sería de tres meses y no de ocho. No otra puede ser la conclusión tras la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional cuya aplicación en sus estrictos términos entiende este Consejo Consultivo obliga al cambio de doctrina aún a sabiendas de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de tan breve plazo, de tres meses, para la instrucción, resolución y notificación por parte de las Administraciones Públicas de los expedientes de resolución contractual, obstáculo que sólo podría ser removido si se dicta una norma por nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de sus competencias, que fije un plazo superior a esos tres meses para la resolución contractual que se tramite por la Comunidad Autónoma así como por las Corporaciones Locales canarias. A falta de tal norma específica, y en tanto la misma sea aprobada, el plazo a aplicar será el de tres meses, como se ha señalado».

En el presente caso, el inicio del procedimiento administrativo de resolución (25 de mayo de 2022) es posterior a la fecha de publicación de la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional. Y las normas adjetivas aplicables vienen determinadas -como ya se expuso anteriormente- por el momento en el que el procedimiento se incoa -Disposición transitoria tercera, apartado e) LPACAP-.

De esta manera, se ha de concluir que el procedimiento administrativo de resolución contractual sometido a la consideración de este Consejo Consultivo de Canarias no se halla caducado ex art. 21.3 LPACAP en relación con la Disposición final cuarta, apartado primero LCSP, caducidad que se produciría, en su caso, el 25 de agosto de 2022.

6. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde a la Consejera de Área insular de Presidencia, economía, hacienda, promoción económica y sostenibilidad medioambiental. Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato. (art. 190 y 212.1 LCSP).

II

1. Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1.1. Se adjudica el contrato que nos ocupa a la empresa (...), mediante resolución de la Consejera de Área insular de Presidencia, economía, hacienda, promoción económica y sostenibilidad medioambiental de fecha 16 de septiembre de 2021, por importe de 13.696 euros, IGIC incluido, para un plazo de duración de un año.

1.2. El 27 de septiembre de 2021 se firma el «Acuerdo de encargo de tratamiento de datos personales», firmándose el 4 de octubre de 2021 las *«Condiciones que han de regir la contratación del servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal»*.

1.3. A lo largo de la ejecución del contrato constan diversas diligencias que obran en el expediente poniéndose de manifiesto por la Responsable del Contrato las incidencias producidas en la ejecución del mismo, aportándose al efecto numerosos correos electrónicos intercambiados entre aquella y la contratista.

1.4. Conforme a ello, el 24 de mayo de 2022 se emite informe Propuesta de inicio de procedimiento de Resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista.

2. En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan las siguientes actuaciones:

2.1. Mediante Resolución CAB/2022/3507, de 25 de mayo de 2022, de la Consejera de Área Insular de Presidencia, Economía, Hacienda, Promoción Económica y Sostenibilidad Medioambiental, se inicia el expediente de resolución del contrato administrativo.

2.2. Conforme a su resuelto segundo se da audiencia a la contratista mediante la Plataforma de Contratación del Estado al correo habilitado por la empresa y registrado en la Plataforma, según los datos que obran desde la licitación del expediente.

2.3. Sin embargo, la contratista accede a la sede electrónica el 7 de junio de 2022, transcurrido el plazo para las alegaciones pertinentes.

2.4. El 10 de junio de 2022, fuera de plazo, la empresa contratista presenta alegaciones en las que, si bien manifiesta acuerdo con determinados puntos del

acuerdo de inicio, refuta además los extremos en los que se sustenta el incumplimiento, solicitando que se resuelva el contrato de mutuo acuerdo ex art. 211.1c) LCSP, al entender que la empresa ha cumplido las condiciones pactadas en el contrato.

2.5. En fecha 21 de junio de 2022 se emite informe jurídico en relación con la resolución del contrato que nos ocupa, conforme al art. 109.1 RGLCAP.

2.6. El 23 de junio de 2022 se emite informe por la Responsable del contrato en el que refuta cada una de las alegaciones vertidas por la contratista.

2.7. Se formula por el órgano de contratación Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones de la contratista y se procede a la resolución de contrato por incumplimiento obligación principal del contrato conforme al art 211.1 f) de la LCSP, con incautación de la garantía definitiva.

III

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1 f) de la LCSP por incumplimiento de la obligación principal del contrato, con incautación de la garantía definitiva constituida por la contratista.

2. Nos hallamos ante un supuesto de resolución contractual a tenor de lo previsto en el art. 211.1.f): *«el incumplimiento de la obligación principal del contrato»*. Así pues, procede determinar, en primer término, en qué consiste esa obligación principal.

Los contratos de servicio, conforme a lo previsto en el art. 17 LCSP, se definen como *«aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario»*.

La obligación principal del contrato a tenor de la Cláusula II del contrato, *«es la prestación del servicio de asistencia técnica, organizativa y jurídica, consultoría y realización de trabajos para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal y la normativa asociada»*, cuyo desarrollo pormenorizado se encuentra en las siguientes cláusulas que a continuación se exponen.

De acuerdo con la cláusula XX.- Procedimiento de trabajo de las Condiciones que ha de regir la contratación del *«Servicio para la adecuación de la normativa de*

protección de datos de carácter personal», los servicios objeto del contrato debían realizarse en 3 fases:

«1.- Fase análisis y planificación con un plazo de 1 mes a contar desde la fecha de comienzo del contrato.

2.- Fase de implantación del Plan de Adecuación en el plazo máximo de 6 meses a contar desde la fecha de comienzo de trabajo. Se realizará las actividades y tareas relacionadas en el apartado “Alcance del servicio” según la planificación que haya fijado en el Plan de Trabajo de adecuación.

Y a los 6 meses de ejecución del contrato deberá presentar junto a la factura un informe de un Plan de Revisión y Mejora continuada en el que se evalúe el nivel de implantación y cumplimiento de las normas e identificar aquellos aspectos que se debe de mejorar en la siguiente fase.

3.- Fase de Plan de revisión y Mejora continuada con un plazo desde el sexto mes hasta la finalización del contrato».

Por su parte, la cláusulas V: «Alcance del servicio», recoge las tareas a realizar durante toda su vigencia; la cláusula XVII: «Medios personales adscritos a la prestación del servicio»; la cláusula XX: «Procedimiento de trabajo»; la cláusula XXVI: «Formato de la documentación generada»; y la cláusula XVIII: «Confidencialidad y protección de datos personales», en relación con la cláusula undécima del Acuerdo de Encargado de Tratamiento de Datos Personales Anexo al «Contrato menor de servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal», suscrito 27 de septiembre de 2021.

3. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de servicios en el art. 313 y ss. LCSP y la cláusula decimoquinta del Acuerdo de Encargado de Tratamiento de Datos Personales Anexo al contrato, normativa a la que se somete el contrato en virtud de lo dispuesto en la Cláusula III de las Condiciones que han de regir la contratación del servicio que nos ocupa.

Consta informe de la Responsable del Contrato donde se ponen de manifiesto las múltiples incidencias surgidas a lo largo del contrato y que suponen el incumplimiento del mismo, según se detalla en relación con numerosos correos electrónicos que se intercambian la contratista y la Responsable del contrato, como Delegada de Protección de datos, durante la ejecución del contrato, que analizaremos posteriormente.

4. Pues bien, la contratista, en sus alegaciones presentadas extemporáneamente, viene a refutar las argumentaciones del Acuerdo de inicio en el que se ponen de manifiesto los incumplimientos contractuales que fueron comunicados en cada momento por la Responsable del Contrato a lo largo de su ejecución, terminando por solicitar en aquel escrito que se resuelva el contrato de mutuo acuerdo ex art. 211.1.c) LCSP.

Más allá del intercambio de las diferentes opiniones, réplicas y contrarréplicas que se derivan de las alegaciones respecto del acuerdo de inicio y del informe emitido por la Responsable del contrato en fecha 23 de junio de 2022 en contestación a aquéllas, procede señalar los siguientes incumplimientos objetivados a raíz de la documentación obrante en el expediente:

1) Incumplimiento de la cláusula «XVII.- Medios personales adscritos a la prestación del servicio de las condiciones».

Señala esta cláusula:

«La cláusula XVII. - MEDIOS PERSONALES ADSCRITOS A LA PRESTACION DEL SERVICIO de las Condiciones que ha de regir la contratación del “Servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal” establece de forma literal lo siguiente:

“1.- Composición del equipo de trabajo. El servicio será prestado por un “Equipo de trabajo” que deberá estar adecuadamente dimensionado y cualificado para garantizar la prestación del servicio en las condiciones establecidas. El licitador se comprometerá a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello.

Para la ejecución del servicio objeto del presente contrato el adjudicatario deberá adscribir durante toda la vigencia del contrato como mínimo 3 personas, uno de cada perfil descrito a continuación:

-Un/a Consultor/a experto/a en normativa de protección de datos.

Funciones: Cualquier tarea jurídica especializada que sea necesaria para el cumplimiento del contrato.

Titulación: grado universitario en derecho.

Formación básica: deberá contar con el Certificado de Delegado de Protección de Datos en vigor a la fecha de presentación de la oferta y durante la duración del contrato expedida por una entidad certificadora acreditada por ENAC. Además, se requiere curso o máster de derecho de protección de datos al menos 250 horas (diferente al curso de delegado de protección de datos exigido para acceder al certificado de DPD) y curso de la ISO/IEC 27001

de seguridad de la información expedidos por centro de estudios. Y contar con conocimientos en procedimiento administrativo y administración electrónica.

Experiencia profesional: 3 años de experiencia verificable en la Administración Pública en materia de protección de datos.

-Un/a Técnico/a experto/a en normativa de protección de datos.

Funciones: Cualquier tarea jurídica especializada que sea necesaria para el cumplimiento del contrato.

Titulación: grado universitario en derecho.

Formación básica: se requiere curso o máster de derecho de protección de datos de al menos 400 horas y curso de la ISO/IEC 27001 de seguridad de la información de al menos de 30 h expedidos por centro de estudios. Y contar con conocimientos en procedimiento administrativo y administración electrónica.

Experiencia profesional: 3 años de experiencia verificable en la Administración Pública en materia de protección de datos.

-Un/a Técnico en sistemas de tecnología de la información.

Función: Cualquier tarea técnica especializada que sea necesaria para el cumplimiento del contrato, especialmente en auditoría.

Titulación: grado universitario en la rama de informática.

Formación básica: disponer de la certificación CISA o CISM de ISACA a la fecha de presentación de la oferta y durante la duración del contrato o curso o máster en seguridad de la información de al menos 400 horas. Y contar con amplios conocimientos técnicos en el esquema nacional de seguridad.

Experiencia profesional: 3 años de experiencia verificable en auditoría y en sistemas de gestión de seguridad de la información.

El licitador deberá especificar en la memoria aportada junto a la oferta la lista de personas que forman parte del equipo trabajo, quienes deberán poseer la titulación, formación y experiencia en las áreas en las que deben intervenir. Para acreditar el cumplimiento de los perfiles profesionales y la experiencia demandados se deberá aportar: copia de los títulos/certificación que acredite la titulación y la formación básica, curriculum vitae del personal asignado, y declaración responsable del contratista sobre la experiencia exigida indicando la Administración Pública (AGE, CCAA y EELL), objeto del contrato y fecha de inicio y finalización de la prestación y funciones realizada.

La empresa adjudicataria deberá mantener el personal del equipo perfectamente formado sobre las materias y novedades normativas necesarias para la adecuada ejecución de los servicios objeto del contrato y los trabajos que los integran.

2. - Modificación en la composición del equipo de trabajo.

El equipo de trabajo estará compuesto por las mismas personas durante la duración del contrato.

Si durante la ejecución del contrato la empresa adjudicataria tuviese necesidad justificada de cambiar algún miembro del equipo, lo podrá hacer previa información al Responsable del Contrato y con el acuerdo de éste, sin que ello suponga menoscabo en la calidad de los trabajos o de las fechas comprometidas, debiendo realizar la transferencia de conocimiento necesaria para que el servicio no se vea afectado. En todo caso, la nueva persona que se incorpora deberá reunir el mismo perfil exigido (requisitos de titulación, formación básica y experiencia) y aportarse la documentación acreditativa. La solicitud del cambio deberá notificarse con quince (15) días naturales de antelación.

El Responsable del Contrato se reserva el derecho a solicitar la sustitución de alguno o de todos los miembros del equipo cuando exista razón justificada para ello. Dicha petición deberá ser indefectiblemente atendida por la empresa adjudicataria».

Pues bien, en la oferta presentada por la entidad (...), suscrita el 6 de septiembre de 2021 por su representante acreditado, (...), se dice textualmente:

«enterado de la solicitud de oferta para la adjudicación del Contrato menor deservicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal, y conforme con los requisitos y condiciones que se exigen para la adjudicación del citado contrato, se comprometo a su ejecución con estricta sujeción a los requisitos, características, especificaciones técnicas, y obligaciones que se establecen en la condiciones del contrato, que declara conocer, y en la representación que ostenta por un precio de:

Precio sin IGIC: 12.800 € (en número)

*Importe del IGIC: 896€ (en número), que resulta de aplicar un tipo de gravamen del 7%.
Precio incluido IGIC: 13.696€ (en número)»*

Dentro la oferta se presenta la documentación acreditativa del perfil de los miembros del equipo conforme a las condiciones del contrato (currículum, títulos, cursos y trabajos en Administración), compuesto por las siguientes personas:

-(...): Responsable de la ejecución del contrato de la empresa adjudicataria que es el Consultor experto en la normativa de protección de datos, Licenciado en derecho y DPD certificado n.º CP-X3-0143/2019 de 12.04.2019 renovado hasta 11.04.2025.

-(...) Técnico experto normativa protección de datos, Licenciada en Derecho.

-(...), Técnico de sistema de tecnología de la información, Ingeniero Técnico Informático.

Sin embargo, en escrito de 15 de marzo de 2022, (...) solicita la modificación de dos perfiles de consultores asignados en la figura del Consultor experto en normativa de protección de datos: a (...) y, en la figura de Técnico en sistema de tecnología de la información, a (...). Se adjunta el Certificación de Delegada de Protección de Datos n.º 22-ADK0129 de fecha de inicio 15.02.2022 con validez hasta 14.02.2025 a nombre de (...) y la titulación de ISACA-CISA de Auditor de Sistema de información a nombre de (...).

Posteriormente, en escrito con fecha de registro de salida el 13.04.2022, n.º 2022007881 (notificado el 20.04.2022) y en escrito con fecha de registro de salida el 21.04.2022, con nº2022008265 (notificado el 21.04.2022) se solicita al Responsable del Contrato, de acuerdo con la cláusula XVII apartado 2 de las Condiciones suscritas, la presentación en el plazo máximo de 5 días hábiles a contar desde el día de su notificación, de documentación acreditativa de la titulación, formación básica y currículo y declaración responsable del contratista sobre la experiencia exigida indicando a la Administración Pública (AGE, CCAA y EELL) objeto del contrato y fecha de inicio y finalización de la prestación y funciones realizada. En los citados escritos de requerimiento se advierte que en *«En caso de no contar con el nuevo personal designado con el perfil descrito en el apartado 1 de la citada cláusula XVII no se podrá realizar la modificación del equipo de trabajo»*.

El plazo de presentación de la citada documentación acreditativa finalizó el 25.04.2021 y la empresa adjudicataria no había presentado la documentación exigida en la Cláusula XVII que acreditaran que (...) y (...) contaban con todos los requisitos del perfil descrito en las condiciones suscritas para ser, respectivamente, la Consultora experta en normativa de protección de datos y el Técnico en sistemas de tecnología de la información y formar parte del equipo de trabajo adscrito al servicio.

En contra de este incumplimiento, esgrime en sus alegaciones el contratista adjudicatario que en la reunión mantenida con la Delegada de Protección de Datos, comunicó la modificación del equipo de trabajo y por tanto, la Técnico experta en normativa de protección de datos ya no formaba parte del equipo del grupo de trabajo, y que era conocida y aceptada, señalando por último, que como prueba las partes se comunicaban cuestiones de relevancia contractual a través de vía

telefónica como lo demuestra la conversación telefónica de 20.04.22 (antecedente décimo).

Sin embargo, ello no desvirtúa el incumplimiento señalado por la Administración, tanto porque los nuevos miembros no tenían el perfil exigido por el contrato, como porque no se respetó el procedimiento para su modificación establecido contractualmente.

Así, la adjudicataria no sólo ha modificado el equipo de trabajo sin contar con el perfil exigido en las condiciones del contrato, produciendo un incumplimiento de la cláusula «XVII.- Medios personales adscritos a la prestación del servicio de las condiciones», y de la Oferta y la Declaración Responsable suscrita, sino que, (...) y (...) han estado trabajando en la ejecución de las tareas.

De otra parte, en relación con la modificación en la composición del equipo de trabajo, también se ha incumplido el procedimiento establecido al no solicitarse el cambio con 15 días naturales de antelación, de (...), Técnico experto en la normativa de protección de datos, al comunicarse por la propia Técnico en email de 18.04.2022, en contestación del email de 15.04.22. En escrito con fecha registro de salida el 21.04.2022, con n.º 2022008265 (notificado el 21.04.2022) y n.º 2022008267, notificado el 22.04.2022, se solicita al Responsable del contrato, ante la comunicación por email de 18.04.2022 de (...), la Técnico experta en normativa de protección de datos, que no pertenece al equipo de asesoramiento del Cabildo de Fuerteventura, se solicita que se identifique a la persona y se aporte la documentación acreditativa del perfil que la sustituye en el plazo de 5 días hábiles a contar desde su notificación. En escrito con fecha de registro de entrada el 25.04.2022, n.º 2022013286 se identifica a (...), Licenciado en Derecho y aporta la documentación acreditativa del perfil del nuevo Técnico experto en normativa de protección de datos.

2) Incumplimiento de la cláusula V: «Alcance del servicio».

Señala esta:

«Cláusula V.- ALCANCE DEL SERVICIO de las Condiciones que ha de regir la contratación del “Servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal” establece lo siguiente:

1.- Carácter general.

En general, el alcance comprende todas las actividades de asesoría incluyendo soporte técnico, de apoyo al DPD, y de formación, así como la realización de cuantas tareas necesarias para la implantación y seguimiento con el objetivo de que el Cabildo cumpla con el RGPD, la LOPDGDD y demás normativa de aplicación del contrato. Al efecto se tendrán en cuenta las directrices dadas por las autoridades de control española y la europea en esta materia.

El adjudicatario mantendrá adaptado los documentos y procedimientos a las normas vigentes en cada momento y a las directrices dadas por las autoridades españolas y europeas (guías, informes, recomendaciones, etc (...))

2.- Especificaciones.

Durante el plazo de ejecución del contrato se deberá realizar servicios para implantar el RGPD y soporte y asistencia continua al DPD del Cabildo, que comprende las tareas que se enumeran a continuación:

“ (...)

-Estudio de aplicación de la normativa de protección de datos en relación con otras normativas, frente a diversas situaciones que pudieran plantearse durante el desarrollo de los proyectos de la entidad, así como asesorar y determinar sobre la existencia de normativa sectorial que pueda determinar condiciones de tratamiento específicas distintas de las establecidas por la normativa general de protección de datos.

-Adecuar los formularios y documentos en papel y electrónicos de la entidad para adaptar la recogida de los DCP a lo establecido en la normativa de aplicación del presente contrato y al derecho de información, cláusulas de confidencialidad, así como la confección de cualesquiera otros documentos que la entidad se proponga elaborar durante la ejecución del contrato. Adaptación de la información y documentos a la estructura organizativa del Cabildo.

-Revisar y establecer los procedimientos y cláusulas para obtención/uso del consentimiento para el tratamiento de DCP en las diferentes actividades / actuaciones (formato papel, via web, sms, whatsapp, emails, newsletters, apps, cartas, facebook, etc (...)) atendiendo a su finalidad y garantizar la posibilidad de revocarlo.

(...)

-Implantación de las medidas de protección de datos desde el diseño y por defecto adecuadas a los riesgos y a la naturaleza de los tratamientos y en general asesorar en la aplicación del principio de la protección de datos por diseño o por defecto.

(...)

-Estudios de aplicación de la normativa de protección de datos en relación con otras normativas, frente a diversas situaciones que pudieran plantearse durante el desarrollo de los proyectos de la entidad.

-Estudio y diseño de posibles soluciones jurídicas a las cuestiones que en materia de protección de datos y/o legislación asociada a las nuevas tecnologías, se presenten durante el despliegue de los proyectos de la entidad.

-Resolución de dudas y consultas de índole jurídica, organizativa o técnica relacionada con la materia de protección de datos y legislación del contrato y asesoramiento en pliegos.

-Realización de cuantos informes jurídicos (con antecedentes y fundamentación jurídica basada en normativa, jurisprudencia y criterio de las autoridades de control) o técnicos relacionados con la aplicación de la normativa de protección de datos y legislación del contrato.

(...)

-Apoyo al DPD del Cabildo: El adjudicatario deberá colaborar con el desempeño de las funciones que son competencia del DPD (art. 39 RGPD), prestando asistencia integral en actuaciones, actividades, y acciones y de cuantas dudas y cuestiones puedan surgir en su ejercicio, garantizando asesoramiento experto y formación».

Pues bien, resulta del expediente que el adjudicatario no ha realizado las tareas objeto del contrato que debía realizar durante la ejecución del mismo, produciendo un incumplimiento la cláusula V, señalándose al respecto por la Responsable del Contrato, lo que es transcrito por la Propuesta de Resolución:

«Que en escritos con fecha de r.s. el 22.04.2022, con nº 2022008358 y con nº 2022008359, notificados ambos el 22.04.2022, se solicita al Responsable de la Ejecución del contrato que se informe en el plazo de 5 días hábiles desde su notificación, si es cierta la afirmación de (...) realizada en conversación telefónica de 20.04.2022 de que no se va a contestar encargos/solicitudes/dudas/informes que se realicen a través del email en virtud del contrato de servicio vigente.

Como contestación, en escrito de r.e el 25.04.2022, nº 2022013299, (...), expone en cuanto a la paralización del servicio de asesoría que:

“Que según se desprende de los informes sobre el tiempo de soporte a las consultas del DPD ya se superó la cantidad de horas asignadas en este Proyecto por lo tanto nos vemos en la necesidad de limitar al máximo esta atención sobre los encargos/solicitudes/dudas/consultas/informes que se realicen a través de email en virtud del contrato de servicio.

De forma extraordinaria y como muestra de buena voluntad se atenderán aquellas consultas que por su gravedad puedan ser un riesgo para la política de privacidad del Cabildo de Fuerteventura, intentando siempre la satisfacción de nuestro cliente.”

Al respecto, la introducción de la asignación de una cantidad de horas a la realización de tareas que deben realizar durante el plazo de ejecución del contrato, supone una modificación del contrato no contemplada.

Y siguiendo, con la obligación del servicio de asistencia jurídica, consultoría y realización de trabajos de adecuación a la normativa de protección de datos, desde el 22 de abril hasta el 12 de mayo, esta Responsable del Contrato ha solicitado por medio del correo electrónico (...) las 7 tareas siguientes:

1-Email de 22 abril 22 “Urgente: 1 Solicitud informe jurídico Artesanía” reiterado el 9 mayo

2-Email de 22 abril 22 “Urgente: 2 Solicitud informe jurídico Presidencia” reiterado en email de 9 mayo

3-Email de 29 abril 22 de solicitud de adaptación formularios de subvenciones de cultura “9 Formulario: Cultura subvenciones” reiterado el 12 de mayo.

4-Email de 3 mayo 22 “Urgente Feaga: cámaras en streaming”, reiterado el 9 mayo.

5-Email de 3 mayo 22 “Urgente Feaga: documento de cesión de imagen”, reiterado el 9 mayo.

6-Email de 9 mayo 22 de solicitud sobre adaptación del formulario del Museo Arqueológico Insular

7-Email de 11 mayo 22 de la Responsable del contrato de solicitud sobre el encargo de formulario de Seguridad y Emergencias.

Hasta la fecha no ha contestado ninguna de las tareas solicitadas que están dentro del objeto del contrato, incluso ni las indicadas como urgentes. En contestación a las solicitudes de las 7 tareas se ha recibido dos emails: el email de 3.05 22 (16:57) de (...). en contestación al email de 3 mayo (13:56) “Urgente Feaga documento cesión de imagen” comunicando que el soporte ante consulta está en suspensión y el email de 12.05.22 (14:58) de (...) en contestación al email de 12 mayo (11:20) de reiteración del encargo “9 Formulario cultura subvenciones” señalando que el proyecto de soporte se encuentra parado.

(...)

Hay que añadir que hay otras 3 tareas solicitadas en meses anteriores que nunca han sido contestadas:

-Email de 11 febrero 22 de la Responsable del contrato sobre consulta a la Adenda al convenio de (...) que recoge el Acuerdo de encargado de tratamiento entre el Cabildo y Red.es. Se reitera el 5 febrero.

-Email de 9 de marzo 22 de la Responsable del contrato sobre análisis de riesgo o en su caso, evaluación de impacto de protección de datos del tratamiento de huella dactilar en el contrato servicio control horario vigente. Se reitera 16 marzo.

-Email 1 marzo 22 se solicita la entrega del entregable Protocolo y metodología de análisis de riesgos y evaluación de impacto de protección de datos y el Manual para la realización del análisis de riesgos adaptado al Cabildo.

En relación a la paralización de la realización de tareas previstas en el contrato, el adjudicatario ha condicionado su realización hasta que la Delegada de Protección de Datos se ponga en contacto con el Administrador único de (...) a través de un teléfono y correo que no son los asignados como medios de comunicación (email enviado por (...) el 3.05.2022 a las 16:57) e incluso a hablar primero con el secretario o quien corresponda para poder seguir (email enviado por (...) el 9.05.22 a las 14:38)

Ante la paralización de las tareas y a la vista que el Consultor experto asignado en el contrato no contactaba con la Responsable del contrato del Cabildo, ya vía teléfono o vía email asignado al comienzo del contrato, en escrito con fecha de r.s. el 06.05.2022, con nº 2022009937 (notificado el 6.05.2022) y con nº 2022009938, se solicita una reunión con la persona designada como Consultor experto en la protección de datos, en el día que se acuerde entre ambos mediante email designado de contacto. Señalando en el citado escrito que “De acuerdo con la cláusula XVII apartado 3 Medios personales adscritos a la prestación del servicio, la persona Responsable de la ejecución del contrato de la empresa adjudicataria es el Consultor en la protección de datos que tendrá las obligaciones allí indicadas.”

La Cláusula XVII “Medios personales adscritos a la prestación del servicio” de condiciones del contrato establece literalmente:

3.-Persona responsable de la ejecución del contrato de la empresa adjudicataria.

El consultor experto en protección de datos será la persona responsable de la ejecución del contrato, integrado en su propia plantilla, que tendrá entre sus obligaciones las siguiente:

a)ACTUAR COMO INTERLOCUTOR de la empresa contratada frente a la entidad contratante a través del Responsable de contrato.

b)SEGUIMIENTO DE LOS TRABAJOS Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO impulsando y realizando cuantas actuaciones sean necesarias (ejecución en plazo, presentación de facturas, solución de incidencias (...)).

c)Supervisar el correcto desempeño por parte del personal integrante del equipo de trabajo de las funciones que tienen encomendadas y la calidad de todos los trabajos.

d)Organizar el régimen de vacaciones, licencias y permisos del personal adscrito a la ejecución del contrato, de forma que no se altere la correcta ejecución del servicio.

e)Informar al Responsable del contrato sobre las variaciones, ocasionales o permanentes, en la composición del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato.

En email dirigido a (...) de 11 mayo a las 9:37, se expone que: “La persona a la que corresponde hablar sobre el seguimiento y control del contrato soy yo como Responsable del Contrato designada en la Resolución número CA/2021/4810 de fecha 16.09.2021 de la Consejera de Área Insular de Presidencia, Economía, Hacienda, Promoción Económica y Sostenibilidad Medioambiental (art. 62 LCSP y clausula XIV) y la persona que se debe de poner en contacto conmigo es el Consultor experto designado de acuerdo al contrato (clausula XVII) mediante email (...)”

En ese mismo email de 11.05.2022 la Responsable del contrato solicita reunión con el Consultor experto el 12 de mayo a partir de las 12:00 horas, y a pesar de que J. M. en email de 12.05.2022 a las 11:05h comunica que puede asistir a esa hora, en ningún momento el Consultor experto, se ha puesto en contacto, ya sea por teléfono 928862451, ext 661 o por el correo electrónico (...).

Se ha explicado a (...), administrador de (...) en escrito con fecha de r.s. 20.05.2022, nº 2022011259 (notificado 23.05.2022) , que dado que ha surgido muy graves divergencias en el cumplimiento del contrato, entiendo necesario que las relaciones entre las partes se lleven a cabo en los estrictos términos que fueron recogidos en el contrato y que ha sido y es mi buena fe y voluntad el intentar por todos los medios ponerme en contacto con el Consultor experto del contrato vigente de la empresa adjudicataria Didatconsulting y de celebrar una reunión por videoconferencia de seguimiento que informe sobre la evolución en la ejecución de las tareas de conformidad con lo establecido en contrato, a fin de solucionar la grave situación que existe, que actualmente, según me indica (...) están paralizadas, y hacer seguimiento de los trabajos y control del cumplimiento del contrato, pero ello me ha sido imposible».

Todo ello desvirtúa las alegaciones efectuadas por la contratista en fecha 9 de junio de 2022, en las que aduce que el asesoramiento era prácticamente a diario y que se mantuvo hasta que «acabó las horas de trabajo razonablemente se establece en los proyectos contratados, lo que supone que la entidad (...) le había dejado de ser rentable», igualmente en las que se señala que comunicó que realizaría el asesoramiento cuando tuviera una consulta «con dificultad» y no de la naturaleza que estaba acostumbrada, con alusión a la urgencia a un encargo anterior de fecha

25.05.2022, al que no se hace mención en la Resolución de incoación del expediente de resolución del contrato.

Y es que, el contrato, como bien señala el informe de la Responsable del contrato no establece un límite de horas al servicio, ni determina que las consultas sean de una determinada dificultad, debiendo cumplir la empresa contratista durante toda la vigencia del contrato con las tareas asignadas en el mismo, amén de que, señala la Responsable del contrato que ni siquiera se contestó a las consultas con dificultad ni otras urgentes, indicando en el informe de 23 de junio de 2022:

«Las 7 tareas no contestadas solicitadas en emails desde el 22.04.22 al 11.05.22 y las 3 de meses anteriores (ver diligencia nº 11) constituyen el desarrollo pormenorizado de la obligación principal, entre esas, hay dos tareas hay dos indicadas como urgentes cuya motivación están en los respectivos emails. (ver diligencia nº 6 de solicitud de tareas y comunicación de paralización).

Y es que tampoco, la empresa adjudicataria contesta a las consultas de dificultad puesto que, las tareas complejas que se han solicitado no han sido contestadas. La primera fue el análisis de riesgos de la huella dactilar en el control horario en el email de 9.03.22 (ver diligencia nº 11), y la segunda fue la solicitud del primer informe jurídico es en el email de 22.04.22 (ver diligencia nº 6).

Hasta la fecha también sigue sin contestar las 4 nuevas solicitudes de tareas realizadas a principios de junio, las cuales están dentro del alcance del contrato (ver diligencia nº 12). ”

A lo que, además, se añade:

“La empresa adjudicataria HA PARALIZADO TODA PRESTACIÓN DE SERVICIO con el Cabildo sin presentar documentación alguna que acredite lo contrario, inclusive los cursos de formación on line en estreaming del Plan de formación y concienciación de los empleados que recoge la celebración de 6 jornadas de 4 horas y media cada (clausula VI). Sin bien su oferta era muchísimo más amplia que la prevista en la cláusula VI del contrato adjudicado, sólo se ha realizado 2 jornadas (23 y 24 febrero para personal de servicio sociales y 17 y 18 de marzo de 22 para todo el personal del Cabildo con imposición de limitación del número de alumnos). El último contacto en relación al señalamiento de fechas de impartición de formación fue el email recibido en el email de 25.04. 22 (16:33h), donde Didatconsulting S.L indica la cancelación de fechas y que comunicarán las nuevas fechas teniendo en cuenta el calendario y disponibilidad de nuestro personal encargado de realizar la formación. Hasta ahora no se han pronunciado sobre las nuevas fechas propuestas en email de 25.04.2022, ni se ha propuesto nuevas fechas. Tampoco, el personal ha recibido formación durante el periodo que comprende de 16.04.2022 a 15.05.2022. (ver diligencia 4)

Por otro lado, no se ha presentado por la empresa adjudicataria el Plan de Revisión y Mejora continuada” establecido en la cláusula XX Procedimiento de Trabajo, a pesar de ser requerido en el escrito con fecha de r.s. el 20.05.2022, nº 202211260 (notificado el 23.05.2022). El Plan de Revisión y Mejora que se ha de presentar a los seis meses del comienzo del servicio en el que evalúe el nivel de implantación y cumplimiento de las normas e identificar aquellos aspectos que se debe mejorar en la siguiente fase.

Es evidente que la paralización de las tareas objeto del contrato causa un perjuicio a esta Administración por cuanto no se ha podido conseguir la finalidad que se persigue cuando se les contrató que es “conseguir que el Cabildo de Fuerteventura se adapte y cumpla con la normativa vigente integrando en su organización el nuevo modelo de gestión de protección de datos de carácter personal”. La normativa de aplicación, que entró vigor el 28 de mayo del 2018 (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y posteriormente el 7 de diciembre de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales) establecen numerosa obligaciones y nuevos requisitos que la Administración debe de cumplir entre ellos la publicación Registro de Actividad de Tratamiento y análisis de riesgos de los tratamientos de datos que se realizan. No obstante, no es conveniente continuar el servicio con (...) que ha paralizado las tareas que se han solicitado de adecuación».

3) Incumplimiento de la Cláusula XX: “Procedimiento de trabajo» en relación con la Cláusula XXVI: «Formato de la documentación generada».

Señala la primera de estas cláusulas:

«Cláusula XX.- PROCEDIMIENTO DE TRABAJO de las Condiciones que ha de regir la contratación del “Servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal” establece lo siguiente:

“Los servicios objeto de este contrato se estructura en las fases que se definen a continuación:

1. - Fase análisis y planificación:

Al comienzo de ejecución del contrato la empresa adjudicataria con el DPD realizarán reuniones presenciales, encuestas y entrevistas con las distintas áreas, servicios y oficinas del Cabildo para la toma de información y diagnóstico inicial así como, para determinar las actividades de tratamiento existentes y analizar y comprobar la conformidad de las actividades de tratamiento identificando con precisión la normativa que legitiman la licitud del tratamiento, las finalidades y los plazos de conservación de los datos para cada tratamiento.

Del resultado de la información se elaborará, teniendo en cuenta el contenido de estas condiciones de contratación, de un Plan de trabajo de adecuación con cronograma para

conseguir una plena implantación. Este plan será presentado al Responsable del contrato para ser sometido a su aprobación y será utilizado como base para el seguimiento y ejecución de las tareas y trabajos.

Entregables:

-Informe inicial de evaluación del grado de cumplimiento del RGPD y la normativa de protección de datos con información estructurada acerca del nivel de cumplimiento para cada tratamiento de DCP y recomendaciones de implantación para el cumplimiento normativo, así como buenas prácticas de protección de datos que pueda ir incorporando.

-Relación de entrevistas realizadas y contenido de las mismas.

-Un Plan de adecuación incluyendo la metodología de trabajo, planificación y cronología temporal para cada actividad o hitos a alcanzar con desglose por tareas para la consecución de los mismos, cronograma de entregables que sean producto de la ejecución de las tareas de cada una de las fases, programación de las reuniones, etc. Podrán incluir aquellas actividades que consideren necesarias o su juicio puedan aportar valor al servicio.

-Herramienta informática operativa.

Plazo:1 mes a contar desde la fecha de comienzo del contrato.”

Por su parte, señala la cláusula XXVI: Formato de la documentación generada:

“Toda la documentación que se genere como consecuencia de las actividades realizadas para dar cumplimiento a este contrato (informes, diagramas, planos, dibujos y cualquier otro documento relativo al objeto del Contrato) se deberá entregar en papel correctamente encuadernado y en soporte electrónico en formato editable que permita su tratamiento y reproducción, además de PDF. Asimismo, el adjudicatario facilitará toda aquella información que sea requerida por el Cabildo y que tenga relación con la ejecución del contrato.

Además de los entregables finales de cada tarea o actividad objeto del contrato, la empresa adjudicataria también deberá proporcionar al Cabildo, sin coste adicional, todos los documentos que SE VAYAN GENERANDO INTERMEDIOS durante la ejecución de las actuaciones objeto del contrato así como elementos relevantes utilizados para su elaboración en soporte informático con formato digital editable: cuadros de funciones, diagramas de flujo, en cuentas, checking, hojas de cálculos etc (...) ».

Pues bien, tal y como se señala por la Responsable del contrato, según la documentación obrante en el expediente:

«Que en escritos con fecha de r.s. el 06.05.2022, con nº 2022009944 (notificado el 6.05.2022) y con nº 2022009945 se solicita al Responsable designado de ejecución del servicio en el plazo de 5 días hábiles a contar desde su notificación, la entrega del contenido de las manifestaciones realizadas en las entrevistas presenciales a los Servicios de Cabildo entre el

mes de octubre y diciembre. En los citados escritos se señala que en email de 21.02.2022 (11:42) se entregan las contestaciones algunos formularios rellenos por los servicios.

Ha transcurrido el plazo, y no se ha entregado el contenido de las entrevistas presenciales realizadas por (...) En escrito con r.e. el 11.05.2022, nº 2022015771, se contesta por el representante de (...) "que no dispone de los formularios ya que la mayoría de los responsable de áreas no procedieron a su devolución cumplimentada". Sin embargo, los documentos entregados el 21.02.2022 no son los solicitados en el r.s.06.05.2022, sino los que se han solicitado son el contenido de las manifestaciones vertidas por el personal del Cabildo entrevistados presencialmente por personal de (...). entre el mes de octubre y diciembre.

Por tanto, el adjudicatario no ha entregado la documentación generada intermedia de las entrevistas presenciales produciendo un incumplimiento la cláusula XX.- PROCEDIMIENTO DE TRABAJO y la cláusula XXVI Formato de la documentación generada».

A este incumplimiento opone el contratista alegaciones de consideración personal que son debidamente refutadas en la Propuesta de Resolución.

4) Incumplimiento de la Cláusula XVIII: "Confidencialidad y protección de datos personales" y cláusula undécima del Acuerdo de Encargado de Tratamiento de Datos Personales.

Señala esta cláusula la Cláusula XVIII de las condiciones que han de regir el contrato:

«Únicamente el personal adscrito a este contrato tratará los datos personales y formalizará cláusulas de confidencialidad y deber de secreto, evidenciando el compromiso de mantener las medidas de seguridad impuestas. (...)

El adjudicatario deberá llevar un listado de personas del equipo prestador del servicio que están autorizadas para tratar los Datos Personales objeto de estas condiciones, así como los roles asignados a cada una de ellas y la relación de permisos y perfiles autorizados que son estrictamente necesarias para el desempeño de las funciones encomendadas. Garantizar que cada una de las personas del equipo prestador del servicio se comprometen, de forma expresa y por escrito, a respetar la confidencialidad, y a cumplir con las medidas de seguridad correspondientes, de las que les debe informar convenientemente. Y mantener a disposición del Cabildo dicha documentación acreditativa».

Por su parte, la cláusula undécima del Acuerdo de Encargado de Tratamiento de Datos Personales suscrito dispone:

«El personal perteneciente a la entidad adjudicataria que intervenga en cualquier fase del tratamiento de los datos así como las personas autorizadas para tratar datos personales, estará obligado igualmente a guardar confidencialidad y secreto profesional respecto de los mismos, lo que subsistirá aún después de finalizar la relación, así como a cumplir con las

medidas de seguridad correspondientes, de las que debe informarles convenientemente. Estas obligaciones se han de recoger de forma expresa y por escrito y suscribirse por el citado personal, acreditándose su cumplimiento al responsable».

Pues bien, tal y como se informa por la Responsable del contrato:

«En escritos con fecha de r.s. de 3.12.2021, con nº 2021021973 y con nº 2021021974 (notificado el 13.12.2021) se solicita por la Consejera del Área Insular de Presidencia, Economía, Hacienda, Promoción Económica y Sostenibilidad Ambiental, la presentación de los documentos que acrediten el cumplimiento por cada persona de la obligación de confidencialidad y secreto profesional de todo el personal de la empresa que intervenga en cualquier fase del tratamiento de datos y de las personas autorizadas para tratar los datos personales. Hasta la fecha no se ha presentado ningún documento al respecto.

En escritos con fecha de r.s. el 06.05.2022, con nº 2022009940 (notificado el 6.05.2022) y con nº 2022009941, se reitera la solicitud de presentación al Responsable designado de ejecución del servicio en el plazo de 5 días hábiles a contar desde su notificación de documentos que acrediten el cumplimiento por cada persona de la obligación de confidencialidad y secreto profesional de todo el personal de la empresa que intervenga en cualquier fase del tratamiento de datos y de las personas autorizadas para tratar los datos personales.

En escrito con r.e. el 12.05.2022, nº 2022015791, el representante de (...) indica que fue contestado el 28.12.2021 tal como consta en el expediente administrativo, incorporando un pantallazo del r.e. el 28.09.2021 nº 2021041457 y que han comunicado el cambio de las personas que forman parte del servicio a través de sede electrónica.

Examinado el expediente administrativo electrónico con el Servicio Informático del Cabildo, el documento adjuntado que el adjudicatario ha denominado en el momento de presentar en la sede electrónica ya aparece en el justificante de registro de entrada como "Comparece confidencialidad.docx" CUD 13524515035517442665 se corresponde con el mismo escrito que fue presentado anteriormente con r.e. 28.09.2021, nº 2021028430 (antecedente quinto) y por el se comunica el email: (...) y el telefono:928293242.

No obstante, en cualquier caso, e independientemente de que se haya presentado o no por la empresa el 28.09.2021 un escrito de confidencialidad, que tal como se ha indicado no consta en el expediente electrónico, lo solicitado en r.s. 6.05.2022, es la presentación del compromiso de confidencialidad suscrito por (...) con cada una de las personas que acceden al correo electrónico (...) puesto que, incluso han comunicado y/o han estado trabajado nuevo personal adscrito a la prestación del servicio,

Por tanto, el adjudicatario no ha puesto a disposición del Cabildo documentación acreditativa de la obligación de confidencialidad de cada una de las personas que acceden al

correo electrónico (...) produciéndose un incumplimiento de la cláusula XVIII Confidencialidad y Protección de datos personales y del Acuerdo Encargado de Tratamiento firmado el 27.09.2021».

También a este incumplimiento opone la contratista alegaciones de consideración personal que son debida y detalladamente refutadas en la Propuesta de Resolución.

5. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020 de 16 de julio, 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por «*incumplimiento de la obligación principal del contrato*», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la STS de 1 de octubre de 1999 que si bien se refiere a la normativa anterior, mantienen su vigencia en la medida que dicha causa de resolución se contemplaba en similares términos que actualmente, y que señala que «*a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación*», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «*denominación*» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

En el presente caso, a la vista de las incidencias reflejadas en los informes referidos y del análisis del objeto del contrato, resulta evidente que la contratista ha incumplido tareas esenciales a que estaba obligada por el contrato, aún cuando no todos los incumplimientos revistan tal carácter (por ej. la no comunicación de cambios en el equipo de trabajo en el plazo de preaviso acordado), pero sí las mayoría de ellos, lo que supone que se haya producido un incumplimiento total de la obligación principal del contrato que justifica que se proceda a la resolución del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 211.1.f) LCSP y Cláusula undécima del Acuerdo de encargo.

Por ello, como señala, finalmente, el informe de la Responsable del contrato:

«*Por último, se finaliza el escrito de alegaciones solicitando del adjudicatario “que se resuelva el contrato por mutuo acuerdo en los términos que se indica en el art. 211.1.c) de la LCS dado que (...) ha cumplido con las condiciones pactadas.”*

No se puede aceptar dicha solicitud por cuanto que, se puede comprobar en el expediente, de forma evidente, que el adjudicatario ha incumplido sus obligaciones previstas en el contrato adjudicado causando perjuicio a esta Administración, sin que pueda aplicarse

dicha causa de resolución al prever el art. 212 de la LCS que “La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”».

6. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato está previstos en los arts. 213 y 313 de la LCSP.

En el presente caso no se ha constituido garantía, algo que al amparo de los requisitos previstos para la contratación menor en el art. 118 LCSP, entre los que no se encuentra la exigencia de la misma, cabe.

La contratista deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que en su caso se le hubieran ocasionado pudiendo determinarse su importe de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto (art. 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre).

Por lo demás, la contratista tendrá derecho a percibir el precio de los servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo a contrato y que hubiese sido recibido por la Administración si se adeudaran (art. 313.2 LCSP).

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el «*Contrato menor de servicio para la adecuación de la normativa de protección de datos de carácter personal*», resulta conforme a Derecho de acuerdo con los razonamientos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.