



Recurso nº 53/2021

Resolución nº 551/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de mayo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.R.A., en representación de CAIXABANK S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación del servicio de apertura y gestión de cuentas corrientes de gastos e ingresos en entidad de crédito privada necesarias para la gestión ordinaria de la actividad del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 23 de diciembre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación de un contrato de servicios por la Junta de Contratación del Ministerio de Trabajo y Economía Social, para la prestación de servicio de apertura y gestión de cuentas corrientes de gastos e ingresos en entidad de crédito privada necesarias para la gestión ordinaria de la actividad del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, con un valor estimado de 138.775,50 euros.

Tanto la cláusula 2.6 del Pliego como su Anexo VII establecen que para el cumplimiento del objeto del contrato, la entidad de crédito adjudicataria actuará en calidad de encargada del tratamiento de los datos personales a los que tenga acceso, y sobre el Ministerio recaerá la condición de responsable del tratamiento. Dicha cláusula y anexo se califican como “*encargo de tratamiento*” entre el Ministerio y el adjudicatario a los efectos del artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE de protección de datos de carácter personal (RGPD).



Segundo. La licitación se somete a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En particular, los trámites a seguir en la licitación son los del procedimiento abierto.

Tercero. El 16 de enero de 2021 se presentó por D. I.R.A., en representación de CAIXABANK S.A. recurso especial en materia de contratación contra los pliegos a que se sujeta la licitación. En el recurso se cuestionan las cláusulas referidas por entender que la entidad adjudicataria, en su condición de entidad financiera, debe considerarse como responsable del tratamiento de datos personales a los que tenga acceso para prestar los servicios bancarios propios de su objeto social.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación remitió informe de 22 de enero de 2021, junto con los documentos obrantes en el expediente. También remitió certificado haciendo constar la presentación de una única oferta por un licitador distinto de la entidad recurrente.

Quinto. El 4 de febrero de 2021 se dio traslado del recurso a la otra licitadora para presentación de alegaciones, sin que haya hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que resulta admisible al alcanzar el umbral del artículo 44.1.c) LCSP, y además el acto recurrido, los pliegos, es uno de los previstos para el recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.



Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, dado que el recurso se presentó el 16 de enero de 2021, antes de que hubieran transcurrido quince días hábiles desde la publicación del anuncio de licitación.

Cuarto. Para completar el análisis de los requisitos procedimentales para la admisión del recurso, debe examinarse si la recurrente, la entidad CAIXABANK S.A., cuyo objeto social consiste en prestar la actividad propia de una entidad de crédito, goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad del pliego rector del procedimiento de contratación, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, en relación al artículo 50.1.b) de la misma norma.

El artículo 48 de la LCSP dispone que: *"podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*.

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: *"Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho"*.

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.



Por ello, con base en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 2001, Roj STS 10238/2001; sentencia de 5 de julio de 2005, Roj STS 4465/2005), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 8 de septiembre de 2005 –asunto C 129/04- y de 12 de febrero de 2004 – asunto C-230/02), se ha admitido la legitimación activa del empresario que impugna cláusulas del pliego que restringen su participación en la licitación o le impiden participar en condiciones de igualdad (por todas, resolución nº 994/2019, de 6 de septiembre).

En definitiva, para poder interponer recurso especial en materia de contratación es necesario que exista en el recurrente un interés directo en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores en el procedimiento de licitación, de modo que debe justificarse un interés en participar en el proceso de licitación.

Se refiere también el órgano de contratación en su informe a estos requisitos, citando la doctrina sentada por este Tribunal en resoluciones como las nº 1145/2020 y 862/2018. En tales resoluciones, con cita de otras anteriores, se recordaba lo siguiente (subrayado añadido):

“Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.

Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado



contrato". Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C230/02), señaló: "27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendrá derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate".

Pues bien, en el presente caso, la recurrente funda su recurso contra los pliegos en las cláusulas que contiene en materia de protección de datos, en relación con la asignación de las categorías de "encargado" y "responsable" del tratamiento, que considera no conformes al RGPD y a la condición que le corresponder a al adjudicatario por su actividad de entidad de crédito.

Interesa transcribir la cláusula controvertida del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (cláusula 2.6), que estipula lo siguiente:

"A. Normativa.

De conformidad con la Disposición adicional 25ª 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, los contratos que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad 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 (RGPD), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y la normativa complementaria.

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, aquél 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 28 del RGPD. En todo caso, las previsiones de este deberán de constar por escrito.

B. Tratamiento de Datos Personales

Se considera tratamiento de datos de carácter personal las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las conexiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias que afecten a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Si el contrato conlleva tratamiento o acceso a datos de carácter personal se estará a lo dispuesto en la disposición adicional 25ª LCSP.

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 personales por el contratista se llevará a cabo conforme el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE de protección de datos de carácter personal (RGPD). El personal que actúe bajo las directrices del Encargado del Tratamiento tiene el deber de guardar confidencialidad y, en su caso, secreto profesional, respecto a la información de



carácter personal objeto de tratamiento. Esta obligación será exigible al personal, aun después de haber cesado su relación con el Encargado de Tratamiento.

Además, será obligación del Encargado de Tratamiento comunicar y exigir a su personal el cumplimiento del deber de confidencialidad o secreto profesional, así como el resto de condiciones y términos fijados en el presente encargo. Garantizará, en su caso, la formación necesaria en materia de protección de datos personales de las personas autorizadas para tratar datos personales.

El Encargado deberá mantener a disposición del Responsable la documentación acreditativa del cumplimiento de esta obligación.

El contratista debe presentar una declaración de donde estarán ubicados los servidores dónde se tratan los datos personales cedidos y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos, sin que puedan estar ubicados fuera del territorio de la Unión Europea cuando la prestación del servicio implique el tratamiento de datos relativos al censo electoral, los padrones municipales de habitantes y otros registros de población, los datos fiscales relacionados con tributos propios o cedidos y los datos de los usuarios del sistema nacional de salud. Además, el contratista se obliga a comunicar cualquier cambio en la declaración de dónde se ubican los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos, teniendo obligatoriamente que estar ubicados dentro del territorio de la Unión Europea cuando la prestación del servicio implique el tratamiento de datos relativos al censo electoral, los padrones municipales de habitantes y otros registros de población, los datos fiscales relacionados con tributos propios o cedidos y los datos de los usuarios del sistema nacional de salud.

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, siguiendo las expresas indicaciones que al efecto la misma le hubiere impartido.

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



Para el cumplimiento del objeto de este pliego, el adjudicatario actuará en calidad de Encargado del Tratamiento y deberá cumplir la normativa vigente en cada momento, tratando y protegiendo debidamente los Datos Personales que se le confían. El adjudicatario tratará los datos personales de los cuales el Ministerio es Responsable del Tratamiento de la manera que se especifica en el Anexo denominado “Declaración Responsable del cumplimiento en materia de Protección de Datos”. El tratamiento de datos personales está incluido en el Registro de Actividades de Tratamiento del Ministerio, a cuyo Inventario de Actividades de Tratamiento, puede accederse públicamente en el siguiente enlace: http://www.mitramiss.gob.es/es/sede_electronica_menu/index.htm, y/o en el portal de transparencia (<https://transparencia.gob.es/>).

Sobre el Ministerio recaen las responsabilidades del Responsable del Tratamiento y sobre el adjudicatario las de Encargado de Tratamiento. Si el adjudicatario destinase los datos a otra finalidad, los comunicara o los utilizara incumpliendo las estipulaciones del contrato y/o la normativa vigente, será considerado también como Responsable del Tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

La presente cláusula, así como el anexo correspondiente a la “Declaración Responsable del cumplimiento en materia de Protección de Datos” incluyendo las obligaciones en ella establecidas para el Encargado del Tratamiento, constituyen el encargo de tratamiento entre el Ministerio y el adjudicatario a que hace referencia el artículo 28.3 RGPD. Las obligaciones y prestaciones que aquí se contienen no son retribuíbles de forma distinta de lo previsto en el presente pliego y demás documentos contractuales y tendrán la misma duración que la prestación de Servicio objeto de este pliego y su contrato, prorrogándose en su caso por períodos iguales a éste. No obstante, a la finalización del contrato, el deber de secreto continuará vigente, sin límite de tiempo, para todas las personas involucradas en la ejecución del contrato.

Para el cumplimiento del objeto de este pliego no se requiere que el adjudicatario acceda a ningún otro Dato Personal responsabilidad del Ministerio, y por tanto no está autorizado en modo alguno al acceso o tratamiento de otro dato, que no sean los especificados en el anexo “Declaración Responsable del cumplimiento en materia de Protección de Datos”. Si se produjera una incidencia durante la ejecución del contrato que conllevará un acceso



accidental o incidental a Datos Personales responsabilidad del Ministerio no contemplados en el anexo “Declaración Responsable del cumplimiento en materia de Protección de Datos” el adjudicatario deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio, en concreto de su Delegado de Protección de Datos (dpd@mitramiss.es), con la mayor diligencia y a más tardar en el plazo de 24 horas (...).”

Tras invocar los conceptos de “*responsable*” y “*encargado*” del tratamiento, el recurrente considera que la calificación apropiada de la posición de la entidad a efectos de la protección de datos de carácter personal dimanante de la ejecución del contrato vendría dada por las particularidades de la actividad de una entidad de crédito, actividad definida por Ley y reservada a las entidades autorizadas para realizarla, con arreglo a la Ley 10/2014, de 26 de junio, ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Según la tesis del recurrente, la exclusividad en el desarrollo de esta actividad en favor de los sujetos autorizados supone una diferencia con respecto a otras actividades de tratamiento de datos realizadas por cualquier Administración, organismo público o empresa y que puedan ser delegadas a terceros. En este ámbito, la Administración contratante no puede llevar a cabo la actividad de intermediación financiera, por lo que delegar la actividad (que es lo que da lugar al encargo de tratamiento) no es una opción sino una exigencia de la normativa financiera.

Se cita también en apoyo del recurso la recomendación publicada por el European Data Protection Board (EDPB) sobre estos conceptos de responsable y encargado del tratamiento de datos, así como la respuesta de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a una consulta del propio recurrente sobre la consideración de una entidad de crédito como responsable del tratamiento de datos de los clientes en el ámbito de la prestación de servicios.

En base a lo anterior, parece claro que ni cláusula controvertida, ni las alegaciones del recurrente sobre la misma, se refieren a una cuestión que pueda representar un obstáculo para la concurrencia al procedimiento, sino que se refieren a la forma en que se articula la protección de datos de carácter personal en la ejecución del contrato, y la configuración de



entidad contratante y adjudicatario, como “*responsable*” y “*encargado*” del tratamiento, respectivamente, a efectos de esa protección de datos de carácter personal.

Por ello, es difícil ver el interés del recurrente en el presente recurso, en el sentido definido en la jurisprudencia y en la doctrina de este Tribunal, en la medida en que no ha concurrido al procedimiento, ni la cláusula que impugna afecta a su acceso a la licitación. Sería, por tanto, una suerte de impugnación en un interés genérico de verificar la legalidad de una cláusula de los pliegos, o ejercicio de una acción popular en materia de contratación, que nuestro ordenamiento jurídico no ha admitido ni regulado.

Por todo ello, no constando la concurrencia del recurrente a la licitación ni la impugnación de una cláusula que limite su participación en la licitación, carece de legitimación para recurrir a los efectos del artículo 48 de la LCSP, y procede decretar la inadmisión del presente recurso.

Quinto. En todo caso, cabe añadir que, de ser admitido el recurso, este habría de ser desestimado en cuanto al fondo, pues entiende el Tribunal que no cabría acoger el único motivo formulado, referido a las cláusulas del pliego en materia de protección de datos, en relación con la asignación de las categorías de “*encargado*” y “*responsable*” del tratamiento.

Como se ha visto, el recurrente considera esta configuración contraria al RGPD y su especial condición como entidad de crédito, actividad cuyo desarrollo requiere una autorización especial, y lleva consigo un estatuto especial de obligaciones, entre otras, en materias como las de protección de datos o prevención del blanqueo de capitales. Cita en apoyo de su recurso la respuesta a una consulta elevada a la AEPD.

Por su parte, el órgano de contratación considera que la cláusula se ajusta perfectamente al RGPD y a la normativa de contratación, y cita por su parte el Dictamen 809/2019 de la propia AEPD, que avalaría la actuación del órgano de contratación.

El RGPD regula esta materia en su artículo 28, explicando en su considerando 81 que se estipulan una serie de garantías para los supuestos de tratamiento de datos por un

encargado por cuenta del responsable, quien encomienda las actividades de tratamiento a un encargado, con arreglo a un contrato u otro acto jurídico que vincule a ambos.

Por su parte, el artículo 4 del RGPD define al responsable como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento, y al encargado como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

En el ámbito interno, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dedica a esta figura su artículo 33, estipulando que tendrá la consideración de responsable y no de encargado quien en su propio nombre establezca relaciones con los afectados, aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 del RGPD.

Añade, no obstante, que esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público.

Precisamente en esta materia la Disposición adicional vigésima quinta de la LCSP establece determinadas normas para asegurar la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la contratación del sector público, señalando en su apartado segundo que *“[p]ara 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”*.

Como ha señalado el órgano de contratación, estas normas han sido objeto de análisis por la AEPD en su Dictamen 809/2019, en el que se planteaba si las entidades concesionarias administrativas de servicios públicos deben ser consideradas como encargadas del tratamiento de datos de carácter personal, sin posibilidad de ostentar la condición de responsables del tratamiento.

Con cita de las normas del RGPD y de la Ley Orgánica 3/2018, la AEPD recuerda que la figura del encargado del tratamiento obedece a la necesidad de dar respuesta a fenómenos como la externalización de servicios por parte de las empresas y otras entidades, de

manera que en aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encomiende a un tercero la prestación de un servicio que requiera el acceso a datos de carácter personal por éste, dicho acceso no pueda considerarse como una cesión de datos por parte del responsable a quien le presta tal servicio, sino que el tratamiento de los datos se realiza por el encargado en nombre y por cuenta del responsable, como si fuera este mismo quien lo lleva a cabo.

Según interpreta los preceptos citados la AEPD, *“el criterio definidor de la condición de responsable del tratamiento viene dado por la potestad de determinar los fines y los medios del tratamiento, en tanto que el encargado debe limitar su actuación a seguir las instrucciones del responsable, reputándosele responsable en caso de que determine fines y medios, esto es, si utiliza para fines propios los datos personales que el responsable le haya comunicado para que lleve a cabo el tratamiento objeto de encargo, sin perjuicio de que pueda incurrir en una infracción del RGPD con dicha actuación”*.

A fin de determinar la condición de responsable y encargado del tratamiento, la AEPD considera que hay que partir de la propia naturaleza del contrato principal entre las partes y de las consecuencias de su celebración, en el sentido de determinar si de la adjudicación se deriva el nacimiento de una relación directa entre quien presta el servicio público y el administrado que hace uso del servicio.

Sin embargo, en el ámbito de la contratación del sector público, deben interpretarse conjuntamente el artículo 33 de la LOPD y la Disposición adicional vigésima quinta de la LCSP, que determinan que *“no obstante la eventual actuación de determinada entidad en su propio nombre y sin que conste que actúe por cuenta de otro, e incluso el eventual establecimiento de relaciones directas con los afectados (...), no decae la consideración de “encargado del tratamiento” en relación con los encargos efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público”*.

Añade que *“ha sido el propio legislador nacional el que ha considerado a los contratistas de la Administración como encargados del tratamiento. Dicha previsión se ajusta a lo previsto en el Considerando 45 y en el artículo 6, apartados segundo y tercero del RGPD, que prevé que en los casos en que el tratamiento encuentre su base jurídica en las letras*

c) y e) del mismo precepto, la norma nacional pueda especificar las condiciones generales del presente Reglamento por las que se rige la licitud del tratamiento de datos personales, establecer especificaciones para la determinación del responsable del tratamiento, el tipo de datos personales objeto de tratamiento, los interesados afectados, las entidades a las que se pueden comunicar los datos personales, las limitaciones de la finalidad, el plazo de conservación de los datos y otras medidas para garantizar un tratamiento lícito y leal".

Por todo ello, la AEPD concluye que la contratación público-administrativa sometida al marco jurídico de la LCSP confiere a la entidad pública contratante la cualidad de responsable del tratamiento derivado de la actividad contractual, mientras que las entidades contratadas para la prestación de servicios públicos tendrán la consideración de encargadas del tratamiento.

Con arreglo a estos criterios, se revela como correcta la cláusula incluida en los pliegos que cuestiona el recurrente, sin que pueda alterar esta conclusión la invocación de su condición especial de entidad de crédito, que supone que solo pueden realizar esta actividad las entidades que cuentan con autorización para ello, y quienes se ven sujetas a una serie de obligaciones especiales.

Ello únicamente implica, en buena lógica con el artículo 65.2 de la LCSP, que al tratarse de una actividad sujeta a habilitación empresarial o profesional, los contratistas deben contar con esa habilitación que sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

Por ello, la cláusula 2.2 del pliego permite concurrir a la licitación a entidades de crédito españolas o extranjeras legalmente constituidas, autorizadas a operar en España y capacitadas para la realización del objeto del contrato.

De esta forma, la legislación de contratos no es ajena a la existencia de actividades reservadas de manera exclusiva y excluyente a determinados sujetos que cuenten con una habilitación especial para ello, lo cual se toma en cuenta a la hora de seleccionar al adjudicatario, pero ello no supone el establecimiento de un régimen jurídico a medida para estos sujetos en el ámbito de la contratación.



En esta cuestión particular del tratamiento de datos derivado de la contratación del sector público, nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha sido interpretado por la AEPD, determina que la Administración contratante sea el responsable del tratamiento de datos, mientras que el contratista tendrá la consideración de encargado, sin que quepa exceptuar este régimen por razón de la habilitación profesional exigible al contratista.

Por otro lado, aunque parece que la consulta resuelta por la APD a petición de la entidad CAIXABANK, S.A. (Registro de entrada 9837/2019) es de fecha posterior a la que tiene como referencia de entrada el número 809/2019, en ella la Agencia de Protección de Datos está haciendo una interpretación referida exclusivamente a lo planteado por el Banco. Es decir, si con carácter general CAIXABANK, S.A., como entidad de crédito, es responsable del tratamiento en la prestación de servicios financieros respecto de los datos de sus clientes, y respecto de los datos facilitados por los clientes (en ejecución de dichos servicios), a lo que la APD contesta afirmativamente.

Esta interpretación no contradice lo manifestado por la APD en la consulta con “*Ref. de entrada 809/2019*” en la que específicamente se pronuncia sobre las figuras de responsable y encargado en el ámbito de la contratación administrativa, concluyendo que la LCSP confiere a la entidad pública la cualidad de “*responsable del tratamiento*”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. I.R.A., en representación de CAIXABANK S.A. contra el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado para regir la contratación del servicio de apertura y gestión de cuentas corrientes de gastos e ingresos en entidad de crédito privada necesarias para la gestión ordinaria de la actividad del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.