

N/REF: 0012/2021

La consulta plantea cuál debe ser el estatus, de responsable o encargado del tratamiento, de conformidad con el Reglamento 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 (RGPD) y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, (LOPDGDD), respecto de los intervinientes en la gestión del negocio referido a las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC en adelante).

En concreto, se pone de manifiesto el complejo sistema de relaciones y estructuras que, en la práctica, acontecen en la gestión del negocio de las IIC, indicando, en síntesis, lo siguiente:

Las IIC están reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC en adelante) y tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos (artículo 1 LIIC), es decir, tal como indica en la Exposición de motivos de la ley, *canalizan la participación de los hogares españoles en los mercados de capitales*.

Y se constituyen mediante el acuerdo entre la Sociedad Gestora de la Institución (SGIIC en lo sucesivo) que se encarga de la gestión y representación, ejerciendo facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, y en definitiva de adoptar todas las decisiones sobre el patrimonio común (artículo 40 LIIC), y la entidad que se considere Depositario, que se encarga, principalmente en custodiar el patrimonio, así como la vigilancia de la gestión que lleva a cabo la SGIIC (artículo 57 LIIC).

Una vez constituidas, las IIC reciben las aportaciones de los inversores que pasan a convertirse en partícipes o cotitulares del patrimonio común, gestionado por la SGIIC y custodiado por el depositario. Esta gestión que hace la SGIIC lleva aparejado el tratamiento de datos personales, de las personas físicas que sean partícipes de la IIC.

La SGIIC lleva a cabo acciones de comercialización para que se invierta en la IIC, directamente o bien, indirectamente a través de terceros.

En el primero de los casos, se capta al inversor sirviéndose de su personal o mediante agentes. Estos últimos, asumen el rol de encargado del tratamiento, como prestadores de servicios a la SGIIC, representándola en la comercialización de la IIC.

En cuanto a la comercialización indirecta, se lleva a cabo mediante entidades autorizadas para prestar el servicio de intermediación, denominado “recepción y transmisión de órdenes” (RTO).

Estas entidades pueden ser tanto entidades de crédito, como empresas de servicios de inversión (ESI en lo sucesivo) éstas están reguladas principalmente en texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV en adelante) y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Pudiendo considerarse como tal, a las entidades de crédito cuando prestan servicio de recepción y transmisión de órdenes.

Asimismo, las SGIIC contratan con plataformas de distribución servicios de distribución. Éste será un contrato de distribución e intermediación en la suscripción y reembolso de acciones y/o participaciones de las IICC.

En estos contratos con la plataforma de distribución se faculta a poder transmitir órdenes de suscripción y reembolso de participaciones de los fondos y adicionalmente se permite que ésta pueda realizar acuerdos de subdistribución e intermediación (con las ESI), para la prestación de servicios de inversión.

Del contrato entre la SGIIC y la plataforma deben destacarse los siguientes aspectos:

-Objeto del contrato: la SGIIC designa a la plataforma como distribuidor y/o intermediario de las participaciones de las IIC. La SGIIC autoriza a la plataforma para distribuir y/o actuar como intermediario en la suscripción de las participaciones de la IIC, actuando en nombre y por cuenta de sus clientes.

-Remuneración: la plataforma percibirá de la SGIIC la remuneración en contraprestación a su labor de mediación en la suscripción de participaciones de las IIC.

-Operativa:

- La SGIIC permite a la plataforma prestar los servicios directamente o mediante la formalización de contratos de subdistribución con otras entidades autorizadas para actuar como intermediarios en la colocación de acciones y participaciones (ESI).

- La plataforma se compromete a seguir cualesquiera instrucciones que reciba de la SGIIC en el desempeño de su labor de mediación.
- La plataforma podrá recoger las órdenes de suscripción, reembolso y canje de las participaciones por medios telemáticos, y las remitirá a la entidad nombrada por la SGIIC.
- La plataforma deberá, asimismo, poner a disposición de sus clientes y subdistribuidores toda aquella documentación que le será entregada por la SGIIC y que, en virtud de lo previsto en la normativa aplicable, deba entregarse a los inversores de las IIC aportados por la plataforma
- Las órdenes que se cursen a través de la plataforma serán remitidas por éste a través de sistema informático al Administrador para su ejecución, salvo que las partes de común acuerdo pudieran utilizar otros canales de comunicación, y deben tener un contenido mínimo.

Así la SGIIC encarga a la plataforma la distribución de las participaciones en la IIC mediante el contrato de distribución, bien de forma directa (la menos habitual), bien de forma indirecta, que permite nombrar subdistribuidores, entre los que se encuentran las ESI.

Las ESI transmiten las órdenes de sus clientes a la plataforma, sin acudir directamente a la SGIIC. La Plataforma canaliza la orden hacia la IIC y facilita a las ESI la comunicación con la SGIIC para ejecutar la inversión recibiendo la confirmación de la inversión y, normalmente, toda la información precisa relativa a la participación del cliente.

En la práctica, la mayoría de las SGIIC han contratado servicios de distribución con las plataformas de distribución y por tanto, las ESI tienen que servirse de dichas plataformas para prestar sus servicios. Las plataformas gestionan la gran mayoría del tráfico de datos relacionados con las órdenes de inversión. Esta actividad de las plataformas se regula mediante dos contratos: el de distribución con la SGIIC y el de subdistribución con las ESI.

La plataforma presta servicios a la ESI, en el desarrollo de la actividad que la ESI contrata con sus clientes, y también a la SGIIC que es claramente la responsable final de los datos, para lo que le encarga la comercialización, sometiendo a tratamiento los datos de los inversores para facilitar a ambos la inversión o desinversión a nombre de los inversores.

Salvo esos casos excepcionales, la plataforma no tiene relación directa con el partícipe ni tiene capacidad de decisión alguna respecto de la inversión, únicamente canaliza la orden, **actuando siempre bajo el criterio de otra entidad (la SGIIC o la ESI)**.

Del lado del inversor, éste firma un contrato de servicios de inversión con la ESI, y un contrato de inversión con la SGIIC.

Es decir, formalmente, las relaciones contractuales que existen en la práctica son:

- el contrato de servicios de inversión, entre el cliente y la ESI,
- el contrato de distribución, entre cada SGIIC con la plataforma y
- el contrato de subdistribución, entre la plataforma y cada una de las ESI.
- Orden de inversión entre el partícipe y la SGIIC, la inversión se formaliza documentalmente con recibos y acreditaciones de su ejecución.

## I

Teniendo en cuenta lo anterior, la consulta se centra en cómo configurar desde el punto de vista de protección de datos la relación contractual entre la SGIIC y la plataforma de distribución, y la consideración que debe tener la ESI.

Y se plantean tres cuestiones: ¿Son las plataformas de distribución encargadas del tratamiento de la SGIIC? ¿Puede una entidad ser encargada del tratamiento de dos responsables distintos que persiguen finalidades complementarias con el mismo objetivo, respecto de los mismos datos personales? ¿Es necesario calificar a la plataforma de distribución, como encargada del tratamiento de cada responsable que confluye y por tanto, regular en cada contrato de servicios las obligaciones del artículo 28 RGPD?

## II

El Considerando 79 del RGPD resalta la importancia de determinar el rol de los intervinientes en todo tratamiento de datos, al indicar que (...) *La protección de los derechos y libertades de los interesados, así como la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento, también en lo que respecta a la supervisión por parte de las autoridades de control y a las medidas adoptadas por ellas, requieren una atribución clara de las responsabilidades en virtud del presente Reglamento, incluidos los casos en los que un responsable determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros responsables, o en los que el tratamiento se lleve a cabo por cuenta de un responsable.*(...)

El artículo 4.7 del RGPD define al responsable del tratamiento o 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; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.”*

Asimismo, se refiere -en el apartado 8 de su artículo 4-, al encargado del tratamiento o encargado como *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”*.

Por su parte, la LOPDGDD, se refiere en su artículo 33 apartados 1 y 2 al encargado del tratamiento, disponiendo que:

*“Artículo 33. Encargado del tratamiento.*

*1. El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos siempre que se cumpla lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica y en sus normas de desarrollo.*

*2. Tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679. Esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público.*

*Tendrá asimismo la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades.*

Con carácter general, 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 este, 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.

No obstante, en la práctica pueden darse situaciones más complejas atendiendo a las distintas funciones de los actores y al tratamiento en sí mismo considerado, tal como acontece en la presente consulta, y es preciso acudir a los criterios interpretativos fijados por el Comité Europeo de Protección de

Datos, (CEPD en adelante) en las Directrices 7/2020 de 2 de septiembre de 2020 “Sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD”, de las que cabe destacar los siguientes apartados:

12. Los conceptos de responsable y encargado son conceptos funcionales: su objetivo es asignar responsabilidades de acuerdo con las funciones reales de las partes. Esto implica que la condición jurídica de un actor como «responsable» o «encargado» debe determinarse en principio por sus actividades reales en una situación específica, y no por la designación formal de un actor como «responsable» o «encargado» (por ejemplo, en un contrato).

21(...)En la mayoría de las situaciones, el «órgano determinante» puede identificarse fácil y claramente por referencia a determinadas circunstancias jurídicas o fácticas de las que normalmente puede inferirse la «influencia», a menos que otros elementos indiquen lo contrario. Se pueden distinguir dos categorías de situaciones: 1) el control derivado de las disposiciones legales; y (2) control derivado de la influencia fáctica. (...)

22 (...)Hay casos en que el control puede deducirse de una competencia jurídica explícita por ejemplo, cuando el responsable o los criterios específicos para su designación son designados por el Derecho nacional o de la Unión(...)el legislador ha designado como responsable a la entidad que tiene una capacidad genuina de ejercer el control

23 la ley establecerá una tarea o impondrá a alguien la obligación de recopilar y tratar determinados datos. En esos casos, la finalidad de la tramitación suele ser determinada por la ley. El responsable será normalmente el designado por la ley para la realización de este propósito, esta tarea pública(...)De manera más general, la ley también puede imponer a las entidades públicas o privadas la obligación de conservar o facilitar determinados datos. Estas entidades normalmente se considerarían responsables con respecto al tratamiento necesario para cumplir esta obligación.

25.La necesidad de una evaluación fáctica significa también que el papel de un responsable del tratamiento no se deriva de la naturaleza de una entidad que está tratando datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. En otras palabras, la misma entidad puede actuar al mismo tiempo que el responsable de determinadas operaciones de tratamiento y como encargado para otras, y la calificación como responsable o encargado debe evaluarse con respecto a cada actividad específica de tratamiento de datos.

26(...) Cuando una entidad se dedica al tratamiento de datos personales como parte de sus interacciones con sus propios empleados, clientes o miembros, generalmente será la que pueda determinar de hecho el propósito y los medios en torno al tratamiento y, por lo tanto, actúa como responsable en el sentido del RGPD.(...)

27(...) las condiciones de un contrato no son decisivas en todas las circunstancias, ya que esto simplemente permitiría a las partes asignar la responsabilidad que estimen conveniente. No es posible convertirse en responsable o eludir las obligaciones de responsable simplemente configurando el contrato de una manera determinada cuando las circunstancias de hecho dicen algo más.

28. Si una de las partes decide de hecho por qué y cómo se tratan los datos personales esa parte será un responsable, incluso si un contrato dice que es un encargado. Del mismo modo, no es porque un contrato comercial utilice el término «subcontratista» que una entidad sea considerada un encargado desde la perspectiva de la legislación de protección de datos.(...)

75. Dos condiciones básicas para la calificación como encargado son:

    Ser una entidad separada en relación con el responsable y Tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento. (...)

78. El tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento requiere, en primer lugar, que la entidad independiente procese datos personales en beneficio del responsable. En el artículo 4, apartado 2, el tratamiento se define como un concepto que incluye una amplia gama de operaciones que van desde la recogida, el almacenamiento y la consulta hasta la utilización, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición y destrucción. En la práctica, esto significa que todo tratamiento imaginable de datos personales constituye tratamiento.

(...)

79. En segundo lugar, el tratamiento debe realizarse en nombre de un responsable, pero no bajo su autoridad o control directo. Actuar «en nombre de» significa servir a los intereses de otra persona y recuerda el concepto jurídico de «delegación». En el caso de la legislación sobre protección de datos, se pide al encargado que aplique las instrucciones dadas por el responsable del tratamiento al menos con respecto a la finalidad del tratamiento y los elementos esenciales de los medios (...)

80. Actuar «en nombre de» significa también que el encargado no puede llevar a cabo el tratamiento para su propio(s) propósito(s).



81. El EDPB recuerda que no todos los proveedores de servicios que tratan datos personales durante la prestación de un servicio son «encargados» en el sentido del RGPD. El papel de un encargado no se deriva de la naturaleza de una entidad que está tratando datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. La naturaleza del servicio determinará si la actividad de tratamiento equivale al tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento en el sentido del RGPD.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente informe se emite de acuerdo con la información que aporta la consultante en su escrito, dónde debe indicarse que no se aportan documentos como, por ejemplo, contratos entre los intervinientes en el negocio de las IIC, o cualquier otro del que se derive cómo se articulan las relaciones entre dichos actores y que permitiera disponer del máximo de elementos de juicio para resolver la consulta.

Quiere decir esto que se van a realizar consideraciones de carácter general, sin perjuicio de que, para otros casos, pudieran tenerse en cuenta otros elementos que aquí se desconocen y por tanto las conclusiones a las que aquí se llega, no serían de aplicación o lo serían con distinta intensidad, pues lo fundamental es cómo se articulen las relaciones entre los distintos intervinientes en dicho negocio.

### III

De acuerdo con los criterios interpretativos que se acaban de citar, procede acudir en primer lugar, a las disposiciones legales que, con carácter general, regulan la actividad de los actores en este negocio a los efectos de poder atribuir un rol desde la perspectiva de la normativa de protección de datos.

En relación a las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión colectiva, (SGIIC) la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, (LIIC) establece en su artículo 40 bajo la denominación “*Concepto, objeto social y reserva de actividad y de denominación*” lo siguiente:

*1. Las SGIIC son sociedades anónimas cuyo objeto social consistirá en la gestión de las inversiones, el control y la gestión de riesgos, la administración, representación y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y las sociedades de inversión. (...)*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, las sociedades gestoras podrán ser autorizadas, además, para realizar las siguientes actividades complementarias: (...)*



c) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o varios instrumentos financieros.

3. Las sociedades gestoras podrán comercializar acciones o participaciones de IIC. Esta actividad adicional podrá ser realizada directamente o mediante agentes o apoderados en las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como mediante entidades autorizadas para la prestación de servicios de inversión. (...)

*En la actividad de comercialización podrá intervenir una entidad mediadora entre la sociedad gestora y la entidad comercializadora, entre cuyas funciones se incluya la custodia de participaciones a nombre de la entidad comercializadora y la canalización de la operativa de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión.(...) Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de que dicha entidad mediadora pueda actuar también como comercializadora en los términos previstos en el segundo párrafo de este apartado 3. (...)*

*En los contratos que se celebren entre la sociedad gestora y la comercializadora, o entre la entidad mediadora a la que se refiere el párrafo tercero anterior y la comercializadora, deberá establecerse la obligación de esta última de remitir o poner a disposición de los partícipes canalizados a través de ella los documentos informativos que, conforme a lo establecido en la normativa reguladora de las instituciones de inversión colectiva, tengan derecho a recibir, para lo que la sociedad gestora deberá facilitar a la entidad comercializadora, directamente o a través de la mencionada entidad mediadora la información que resulte pertinente conforme a la normativa aplicable en cada momento. (...)*

De acuerdo con lo indicado y en atención a las relaciones que se ponen de manifiesto en la consulta, la SGIIC en la comercialización **podrán contratar a entidades mediadoras, siendo estas las plataformas de distribución.**

En efecto, mediante el contrato de distribución, las plataformas canalizan las órdenes de los clientes que quieren formar parte de la Institución de Inversión colectiva (IIC), que reciben de las entidades comercializadoras con las que la SGIIC haya llegado a los correspondientes acuerdos. Como pueden ser las ESI.

Por lo tanto, la primera conclusión a la que se llega es que la SGIIC será considerada responsable del tratamiento y la entidad mediadora, la plataforma de distribución actuará como encargada del tratamiento, pues el servicio de distribución lleva aparejado tratamiento de datos personales y se

realiza por cuenta de aquella. Sin que la plataforma de distribución pueda adoptar decisiones sobre el tratamiento sino que únicamente recibe instrucciones de la SGIIC en el sentido de que esta es la que ha determinado por qué y el para qué del tratamiento.( el propósito del tratamiento)

Es decir, el tratamiento de datos es consecuencia de la actividad de comercialización que la SGIIC lleva a cabo para lo que utiliza, entre otros, los servicios de la plataforma de distribución.

La SGIIC determina el cómo y el porqué del tratamiento y la plataforma lleva a cabo acciones que se han de considerar tratamiento de datos personales de acuerdo con la definición del artículo 4.2 del RGPD que considera como tal: *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;*

#### IV

Respecto de las empresas de servicios de inversión (ESI), el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ( LMV en adelante) establece en su artículo 138 bajo la denominación “Concepto de empresa de servicios de inversión” lo siguiente: *1. Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2.*

Y el artículo 2 remite al Anexo de la ley que bajo la denominación “Instrumentos financieros comprendidos en el ámbito del texto refundido de la ley del mercado de valores” incluye entre otros: *c) Participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva, así como de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado*

En la consulta se indica que las plataformas de distribución, podrán contratar mediante contratos de subdistribución, la comercialización de las participaciones del fondo con ESI y en el propio artículo 40.3 de la LIIC antes citado se establece esta posibilidad de comercialización indirecta, y se recogen determinados requisitos contractuales de la relación entre la entidad mediadora (la plataforma de distribución) y la comercializadora (la ESI).

En relación con los elementos fácticos a analizar, en la consulta se indica lo siguiente en relación con las ESI:

“Las ESI a su vez, promueven entre sus clientes la inversión en la IIC, sin asumir ningún tipo de representación de la SGIIC, es decir, operan en la recepción y transmisión de las órdenes de inversión, por mandato de su cliente, el nuevo inversor que está interesado en invertir en la IIC que la ESI ha promocionado.

El servicio que presta la ESI, principalmente puede resumirse en un previo asesoramiento en inversión, mediante recomendaciones personalizadas, y en segundo lugar, una vez tomada una decisión por el potencial inversor, la ESI prestará el servicio de **“recepción y transmisión de órdenes” (RTO)** para la ejecución por parte de la SGIIC de las suscripciones y reembolsos de las participaciones de los fondos. Sin embargo, también puede suceder, que no se dé, el previo paso del asesoramiento y que el potencial inversor, ordene directamente a la ESI que tramite la orden de inversión.

Para este servicio, la ESI está obligada por la normativa vigente a recabar información de carácter personal de los inversores que son sus clientes: información identificativa del cliente, datos fiscales, información sobre sus conocimientos financieros y preferencias.

En definitiva, la ESI presta servicios al inversor, “servicios de inversión” y mantienen una relación contractual con este.”

Teniendo en cuenta lo anterior, las ESI serán, en primer término responsables del tratamiento de los clientes a los que les preste el servicio de inversión, que puede incluir el asesoramiento o no, y en todo caso la ejecución de la orden de inversión.

Y en cuanto a la plataforma de distribución y su relación con la ESI, debe considerarse a aquella como encargada del tratamiento de la ESI, pues derivado de la relación contractual que les une (denominado contrato de subdistribución), presta un servicio de canalización y transmisión de la orden de inversión que lleva aparejado tratamiento de datos personales.

Es decir, la ESI para llevar a cabo el servicio de inversión, el servicio que presta a sus clientes cuando quieren invertir en la IIC, necesita de la plataforma de distribución para hacer llegar la orden de compra a la SGIIC.

De este modo la plataforma de distribución será considerada como encargada del tratamiento, tanto de la SGIIC como de la ESI, pues es el nexo entre ambas en la transmisión de órdenes de suscripción y sirve en última instancia a un tratamiento en beneficio de aquellos.

En este sentido en la consulta se indica lo siguiente: “la plataforma no tiene relación directa con el partícipe ni tiene capacidad de decisión alguna respecto de la inversión, únicamente canaliza la orden, actuando siempre bajo el criterio de otra entidad (la SGIIC o la ESI)”

V

Por otro lado de la relación entre la SGIIC y la ESI, no puede establecerse que estemos ante un encargo del tratamiento, sino que ambas entidades son dos responsables del tratamiento independientes, pues aunque los datos que tratan son los mismos y su actividad converge en última instancia en la participación de los clientes en la IIC, hacen dos tratamientos independientes y sucesivos, y que sirven a la misma realidad pero desde perspectivas distintas.

La de la SGIIC como “vendedora” de las participaciones y la ESI (por mandato de sus clientes) como “compradora” de las participaciones. Como se indica en la consulta son tratamientos independientes que persiguen finalidades complementarias con el mismo objetivo. La SGIIC determina el cómo y el porqué, en cuanto a la iniciativa de desarrollar acciones de comercialización, y por otro lado la ESI, también determina el cómo y el porqué, cuando decide prestar el servicio de inversión a sus clientes.

Ambos tratamientos contribuyen a un mismo fin, la adquisición de las participaciones de la IIC, pero desde perspectivas diferentes.

Además el hecho de que exista un contrato de subdistribución e intermediación entre la plataforma y la ESI, no convierte a esta en encargada del tratamiento ni de la SGIIC ni de la plataforma de distribución.

La ESI no trata datos por cuenta de la SGIIC, ni se somete a sus instrucciones en el servicio de “recepción y transmisión de órdenes”, sino que es la ESI quien por mandato de sus clientes, decide invertir o no en la IIC. Como tampoco establece relaciones con sus clientes en nombre de la SGIIC, ya que la relación contractual entre los clientes de la ESI y la ESI es un *contrato de servicios de inversión*, siendo ambas las partes en dicho contrato. Otra cosa es que una vez que se haya dado la orden de inversión, exista un contrato de inversión entre el *cliente de la ESI* y la SGIIC.

Por los mismos motivos tampoco puede considerarse a la ESI como subencargada del tratamiento de la plataforma.

En las Directrices 7/2020 de 2 de septiembre de 2020 “Sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD” antes citadas, se indica en su apartado 13 lo siguiente:

*Los conceptos de responsable y encargado son también conceptos autónomos en el sentido de que, aunque las fuentes jurídicas externas pueden ayudar a identificar quién es el responsable, deben interpretarse principalmente de acuerdo con la legislación de protección de datos de la UE. El concepto de responsable no debe verse perjudicado por otros conceptos, a veces chocantes o superpuestos, en otros ámbitos del derecho, como el creador o el titular de los derechos de propiedad intelectual o el derecho de la competencia.*  
(...)

En definitiva las categorías subdistribuidor o contrato de subdistribución y mediación, deben entenderse referidas a la relación mercantil y no desde la perspectiva de la protección de datos, una vez analizadas las disposiciones jurídicas aplicables a cada entidad y teniendo en cuenta el elemento fáctico del tratamiento y su contexto.

## VI

Por lo tanto, de las posibilidades que plantea la consulta, la opción adecuada desde la perspectiva de la protección de datos, es considerar, de un lado a la SGIIC, responsable de los datos de los inversores, a partir del momento en que se ejecuta la orden de suscripción. Desde la perspectiva del titular de datos personales, existirá un contrato de inversión y por tanto la SGIIC es responsable del tratamiento de esos datos.

Y por otro lado, a la ESI o subdistribuidor como responsable del tratamiento de los datos de los inversores derivados del servicio de inversión. Desde la perspectiva del titular de los datos personales, existirá un contrato de servicios de inversión y por tanto la ESI es responsable del tratamiento de esos datos.

A la plataforma de distribución debe considerarse encargada del tratamiento de la SGIIC y también encargada del tratamiento del subdistribuidor o de la ESI. Pues es una entidad separada de aquellas unidas contractualmente por un contrato (contrato de distribución o contrato de subdistribución) de cuyo objeto se deriva la prestación de un servicio que lleva aparejado tratamiento de datos (*procedimientos automatizados(..) como la recogida, registro, (..), comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión*), respecto del que no toma decisión alguna sino que se limita a seguir instrucciones de ambos, y que tampoco establece relaciones directas con los titulares de los datos, que únicamente tienen relación jurídica con las SGIIC a través del *contrato de inversión*, y con las ESI a través del *contrato de servicios de inversión*.

Por lo tanto, entre la SGIIC y la plataforma de distribución, y entre la ESI y la plataforma de distribución, deberá existir un contrato de encargado del tratamiento en los términos previstos en el artículo 28.3 del RGPD.