

N/REF: 0084/2021

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).

I

La consulta se plantea a raíz de la emisión del Informe 12/2021 de este Gabinete Jurídico en el que, partiendo de la información que se aportó en aquella ocasión, se concluía lo siguiente:

“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.”

Asimismo, en el citado informe se realizaba la siguiente aclaración respecto del sentido del mismo en relación con la información aportada y la posibilidad de que analizando otra información, pudiera suceder que el resultado o conclusiones no fueran los mismos y, por tanto, la instauración de un criterio general al respecto podría depender de otros factores:

“II

(...) 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. (...)

II

Respecto del funcionamiento del negocio de las Instituciones de inversión Colectiva (IIC), en el Informe 12/2021 se indicaba 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.”

Pues bien, de la información aportada por la hoy consultante como entidad responsable de la plataforma de distribución, cuya principal novedad es la **aportación de los contratos que regulan su actividad, y que permiten un nuevo análisis de sus relaciones con los otros actores intervinientes en este negocio, de un lado la SGIIC, y de otro, la ESI o subdistribuidor,** deben realizarse las siguientes consideraciones de cara a simplificar este complejo negocio y poder otorgarle la categoría que corresponda como interviniente desde el marco jurídico que ofrece el RGPD y la LOPDGDD, que ya recogía el Informe 12/2021 al indicar lo siguiente:

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 trate 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.

El análisis que a continuación se realiza ha tenido en cuenta los distintos estadios del tratamiento, es decir, dónde y cómo se inicia, por qué medios transcurre y finalmente como termina. Esta es una perspectiva muy importante ya que va a permitir establecer con mayor claridad que en el informe anterior, los distintos roles de los intervinientes en este negocio, que conlleva tratamiento de datos personales, de cara **al análisis de las actividades concretas en un contexto específico**. (apartados 12 y 25 de las Directrices 7/2020 del CEPD)

De tal forma que en primer lugar se analizará la posición de la entidad que quiere adquirir las participaciones de las IIC , es decir, de **dónde surge la iniciativa que pone en marcha el tratamiento de datos personales**; en un estadio intermedio, se tendrá en cuenta la posición del consultante, como intermediario o proveedor del canal de comunicación o tecnología que posibilita la compra de participaciones; y en último término, la posición de la entidad que vende las participaciones, y el momento en el que tras la ejecución de la venta se convierte en responsable del tratamiento.

Comenzando por la perspectiva del potencial comprador de las participaciones de la IIC, aquí se sitúan las entidades prestadoras de servicios de la inversión, o también denominadas contractualmente como subdistribuidores, categoría que desde el punto de vista del derecho a la protección de datos puede, por si sola, inducir a error o confusión, pues podría deducirse una relación de jerarquía o dependencia que induciría a considerar que estamos ante un encargado del tratamiento o subencargado.

En este sentido procede citar el apartado 13 de las Directrices 7/2020 “Sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD” antes citadas, que nos indican que:

(...) 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. (...).

Como se indicaba en el Informe 12/2021 *las categorías subdistribuidor o contrato de subdistribución, deben entenderse referidas a la relación mercantil y no desde la perspectiva de la protección de datos, por eso se hace necesario*

analizar el concreto desarrollo de la operativa del negocio que conlleva tratamiento de datos personales.

En efecto, la entidad interesada en comprar las participaciones de la IIC, son entidades prestadoras de servicios de inversión (ESI) que promueven entre sus clientes, personas físicas o jurídicas, la compra de participaciones, y utilizan las plataformas de intermediación como canal o medio para su adquisición.

En esta relación entre la ESI o subdistribuidor y la plataforma de distribución encontramos **la efectiva prestación de un servicio lleva aparejado tratamiento de datos** y, por tanto, ha de considerarse responsable del tratamiento de los datos de los interesados en comprar las participaciones a la ESI o Subdistribuidor y como encargada del tratamiento a la consultante, la plataforma de distribución. En esos términos se concretaba en el citado informe 12/2021:

“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.”

En la presente consulta se ha aportado el contrato entre la plataforma de distribución -la consultante- y la entidad prestadora de servicios de inversión -o subdistribuidor, así denominada en el propio contrato-, y respecto del que cabe detenerse en las siguientes cláusulas respecto **de las que se deriva de la efectiva prestación del servicio, la condición de responsable del tratamiento para el subdistribuidor, y la condición de encargado del tratamiento para la plataforma de distribución.**

En la cláusula tercera referida al Desarrollo de la Operativa, se infiere claramente que el tratamiento de datos que pudiera darse surge como consecuencia de la iniciativa de la ESI o Subdistribuidor:

3.1 La suscripción, el reembolso, canje de Acciones, y cualesquiera otros actos o negocios relacionados con la distribución de las Acciones en España se realizará por el Subdistribuidor a través de ALLFUNDS

En efecto, es a partir de la decisión de querer adquirir las participaciones cuando comienza el tratamiento de datos personales referido a este negocio.

Por lo tanto, será decisiva su actuación en relación con la clara influencia sobre el tratamiento de datos personales, en el sentido de que, comercializa las participaciones entre sus clientes, y cuando uno de estos quiere comprar se lo comunica -ordenes de inversores- y empieza la operativa de compra. **Decide el cómo y el para qué del tratamiento.** Iniciándose ahí el tratamiento de datos por parte del responsable de tal modo que **la ejecución de dicha compra pasa por el servicio que la plataforma de distribución, es decir, el encargado del tratamiento, le presta:**

3.2 el Subdistribuidor recibirá de los inversores las órdenes de suscripción, reembolso y canje de las Acciones por cualquiera de los medios que tenga disponibles, cumpliendo la normativa que resulte de aplicación y las remitirá a ALLFUNDS a la mayor brevedad, quien las transmitirá al Distribuidor Global o entidad responsable de su tratamiento para su ejecución.

Es importante también lo indicado en la cláusula 3.6:

3.6. ALLFUNDS deberá, actuando en su nombre, pero por cuenta del Sub-distribuidor, suscribir o reembolsar Acciones y solicitará el registro de dichas operaciones en el correspondiente registro de las IIC como sub-custodio o nomine del Sub-distribuidor o sub-custodio del depositario de los Clientes (si lo hubiere y en virtud del contrato separado firmado entre ALLFUNDS y el depositario a dichos efectos).

En la cláusula 3.9 también contiene una indicación respecto de la que se infiere que la ESI o subdistribuidor opera como responsable:

En tal sentido, el Subdistribuidor, en el cumplimiento de las funciones antes descritas, se responsabilizará expresamente de verificar la capacidad de contratar y la identidad de los inversores y se abstendrá de remitir a ALLFUNDS las órdenes, en tanto no estén cumplimentados todos los datos necesarios o no pueda verificarse la citada capacidad e identidad de los inversores

Y en términos similares lo recogido en la cláusula 3.10:

El Subdistribuidor será responsable de:

(i) cualquier reclamación efectuada por sus clientes en relación con los procedimientos de suscripción, reembolso y canje, previstos en esta Cláusula y en el correspondiente apartado del Folleto Informativo, Reglamento de Gestión y/o de la Memoria de Comercialización, salvo que dichas reclamaciones sean consecuencia de acciones u omisiones dolosas o negligentes de ALLFUNDS, el Distribuidor Global o la IIC; y

(ii) abonar a ALLFUNDS en las fechas de liquidación correspondientes el importe de las suscripciones de Acciones que hubiese ordenado.

En la cláusula 4.3.2 se deduce de nuevo que la plataforma de distribución es un encargado del tratamiento, en la medida en que no se responsabiliza del uso que de la plataforma se haga, sino que será responsabilidad del subdistribuidor (el responsable), dicho de otro modo, **la plataforma pone los medios y el subdistribuidor los utiliza:**

4.3.2 El acceso a la plataforma tecnológica es de carácter exclusivamente privado para los clientes de ALLFUNDS mediante el uso de los oportunos usuarios y claves de acceso, por lo que su configuración no permite el acceso al público en general. El uso y acceso que dichos usuarios realicen será responsabilidad del Subdistribuidor. El Subdistribuidor declara conocer y aceptar los términos generales y condiciones de uso de la plataforma tecnológica.

E incluso sobre el “control” del uso de la plataforma tecnológica que la consultante pone a disposición, es el Subdistribuidor el que puede nombrar administradores para su gestión. Es decir, la entidad responsable de la plataforma de distribución pone a disposición su tecnología, pero es el Subdistribuidor el que la gestiona, el que decide el cómo va a llevar a cabo el tratamiento:

Así la Clausula 4.3.4 nos indica:

El Subdistribuidor podrá designar hasta un máximo de tres personas que tendrán la consideración de administradores que son las personas que definirán los perfiles de los distintos usuarios que podrán ser perfiles operativos (con diferentes niveles de autorización) o meramente informativos sin capacidad de operar o mixtos. ALLFUNDS pondrá a disposición de los administradores un programa de gestión de usuarios que permitirá a cada uno de los administradores habilitar a una serie de usuarios del Subdistribuidor para permitirles el acceso a los distintos contenidos según los perfiles a asignar. El acceso al programa de

gestión de usuarios por parte de los administradores se realizará mediante unas claves que ALLFUNDS facilitará a aquellos. Ninguna persona puede autorizar su propio acceso, y los administradores de cuentas de usuario que creen, modifiquen o revoquen este tipo de cuentas no intervendrán en el proceso de autorización. Toda cuenta de usuario con autorización para operar será utilizada por una única persona identificable.

Esta gestión de la plataforma por parte del Subdistribuidor también se deduce en los siguientes apartados de la cláusula (4.3.5 y siguientes), debiendo destacarse la exclusión de la responsabilidad de la plataforma de distribución, por el uso que se hace de ella en el apartado 4.3.11.

Es decir, la plataforma de distribución se usa para comprar las participaciones de la SGIIC, pero **es la ESI o subdistribuidor quién decide comprar y lo hace a través de la tecnología que le da la consultante, que es un mero intermediario, que pone a disposición del comprador un medio para que pueda comprar, pero que como se deduce, no tiene poder de decisión ni responsabilidad por el uso que se haga.**

En cuanto a las obligaciones de las partes, es importante destacar las cláusulas 6.16 y 6.17 en las que se determina claramente la relación entre los inversores y el Subdistribuidor sin que la plataforma de distribución tenga ninguna relevancia, salvo que ha facilitado la misma, pero **no es responsable de cómo se desarrolla la relación y las salvaguardas a tener en cuenta:**

6.16 El Subdistribuidor será expresamente responsable de verificar la capacidad de suscribir contratos y la identidad de los Clientes y se abstendrá de enviar órdenes a ALLFUNDS hasta que toda la información necesaria haya sido completada y la mencionada capacidad e identidad ha sido verificada.

6.17 El Subdistribuidor será responsable de cualquier reclamación interpuesta por el Cliente en relación con los procedimientos de suscripción, conversión y reembolso excepto cuando dichas reclamaciones sean consecuencia de acciones u omisiones negligentes o fraudulentas de ALLFUNDS.

Asimismo, es de destacar el apartado 6.20 donde es el Subdistribuidor quién autoriza a la plataforma de distribución a usar su nombre y logo, de lo que se deduce que **este actúa por cuenta de aquel.** (A diferencia, como veremos, de lo que sucede en la relación entre la plataforma de distribución y la SGIIC que se establece esta posibilidad bidireccionalmente)

Finalmente, hay que indicar que en el contrato existe un Anexo referido al tratamiento de datos personales, dónde claramente se instituye a la entidad responsable de la plataforma de distribución como encargado del tratamiento y hay una indicación expresa sobre las instrucciones del responsable del tratamiento, del subdistribuidor, y el modo en que aquella debe cumplirlas, así como el establecimiento de un régimen de subcontratación de determinados servicios a través de subencargados del tratamiento que requieren la autorización del responsable, es decir del subdistribuidor.

A lo que hay que añadir otros elementos propios de la relación entre responsable y encargado, como la gestión e implementación de las medidas de seguridad, la notificación de brechas de seguridad, la llevanza de un registro de actividades de tratamiento en nombre del responsable y cómo actuar respecto de la conservación de los datos cuando haya finalizado el servicio.

En conclusión, tal como se indicó en el Informe 12/2021, **el subdistribuidor será responsable del tratamiento de los datos de sus clientes que quieren adquirir participaciones de una IIC y la entidad responsable de la plataforma de distribución será considerada como encargada del tratamiento**, en la medida en que presta un servicio a aquel, facilitara que los clientes de aquella puedan comprar las participaciones de la IIC pues proporciona el medio a través del que canaliza la orden de compra, pero que **no tiene poder de decisión sobre cómo llevar a cabo el mismo**, sino que ejecuta el mandamiento a través de la plataforma tecnológica y sin que se establezcan relaciones directas con los inversores, con los titulares de datos de carácter personal.

IV

A continuación, procede abordar la relación entre la SGIIC y la consultante o plataforma de distribución, que en el anterior informe se califica como de responsable y encargado y **que con la información ahora aportada referida al contrato por el que están vinculadas, merece un nuevo análisis.**

Como punto de partida hay que indicar que la consultante afirma que no presta ningún servicio a la SGIIC, en el sentido de que **ésta no externaliza ninguno de los elementos que conforman el objeto de su negocio que es la venta de participaciones de las IIC.** Su relación material comienza cuando la plataforma ha canalizado una orden de compra que le llega desde el subdistribuidor porque un cliente de éste quiere adquirir una participación.

Es decir, existe un contrato que va a regular esta relación, pero **no supone una externalización de ningún servicio, simplemente porque la plataforma de**

distribución no “vende” productos financieros, que es el objeto del negocio de las SGII.

A la plataforma de distribución no se puede considerar como “proveedora de productos financieros” como si se consideran la SGIIC según la normativa MIFID II (Directiva 2014/65/UE de 15 de mayo de 2014, Reglamento (UE) 600/2014 de 15 de mayo de 2014).

Esta consideración de que la plataforma de distribución no es un encargado del tratamiento de la SGIIC, también se puede deducir del análisis de la relación contractual. A tal efecto, la consultante también aportó el contrato que suscribe con las SGIIC, de cuyo contenido merece hacer las siguientes consideraciones.

Hay elementos en el contrato de los que se deduce que estamos ante dos responsables del tratamiento independientes, o dos partes diferenciadas en un negocio y que **ninguna parte recibe instrucciones de la otra**, sino que se encuentran en un plano de igualdad obligadas mutuamente por el contrato, es decir, no hay una relación jerárquica de dependencia, sino obligaciones bidireccionales.

Por ejemplo, en la cláusula 1.4 figura que *“Ninguna de las partes intervinientes en el presente Contrato podrá ceder total o parcialmente sus obligaciones y derechos derivados del mismo, sin el previo consentimiento por escrito de la otra.”* Quiere decir esto que en caso de **subcontratación** por cualquier de las partes con un tercero, **deberá someterse al acuerdo de la otra parte**.

En las relaciones entre responsable y encargado, sucede la figura de la subcontratación que debe ser autorizada por aquel (artículo 28.4 RGPD y, sin embargo, aquí se observa que es cada parte, en un plano de igualdad, el que debe consentir a la otra esa posibilidad.

Ejemplo de estas obligaciones bidireccionales, también los encontramos en la regulación de los Deberes de **indemnización mutuos**, (cláusulas 3.8, 6.8 y 7.5), o en los **deberes de información** (Cláusula Cuarta).

Es decir, no es que en los contratos de responsable-encargado no haya deberes de indemnización o de información, sino que en la práctica lo que suele suceder es que el encargado presta un servicio al responsable y del otro lado, el responsable abona el precio de la prestación del servicio, y, por tanto, es el encargado sobre el que suelen recaer los deberes de indemnización y de transmisión de información, habida cuenta de las obligaciones que asumen cada uno. Sin embargo, en este supuesto, se observa claramente que ambos se sitúan en una posición similar, es una relación en ese sentido de igual a igual.

Especial mención merece la cláusula referida al **uso de la publicidad**, pues también existen deberes recíprocos de solicitud de autorización por ambas partes, para que se utilicen **imágenes, textos o logos** por ambas partes. (Cláusula Quinta).

En la práctica en una relación entre responsable y encargado, es aquel el que debe autorizar a este para usar la imagen corporativa de la entidad, y que responde a la lógica de que el encargado, no establece relaciones con terceros, sino que cómo actúa por cuenta del responsable, se concibe su actuación como un todo, como parte del responsable.

Pues bien, en el presente caso se observa que ambos, de modo indistinto podrían utilizar la imagen o logo corporativo del otro, **siempre y cuando medie autorización por ambas partes. De nuevo, aquí se observa que estamos en un plano de igualdad y no dependencia jerárquica.**

También es relevante la cláusula 7.8 de la que se infiere que no estamos ante un encargo, por la deducción que se hace -y que se pretende evitar- referida a que SGIIC se “aproveche” de lo realizado por la plataforma de distribución, para prescindir de ella y hacer sus propios clientes.

Es decir, no es el habitual esquema de responsable-encargado en el que se pretende evitar que dada la información a la que ha tenido el encargado pueda sustituir al responsable del tratamiento y establecer aquellas relaciones directas con los clientes y en definitiva convertirse en un nuevo responsable y prescindir de aquel. Tanto es así que la propia LOPDGDD hace una previsión al respecto al indicar, en su artículo 33.2 que: *Tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679(...) Tendrá asimismo la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades.*

Pues bien, en la citada cláusula lo que se pretende evitar es precisamente el supuesto contrario, que el responsable no se aproveche del “supuesto encargado”, lo cual no tiene lógica desde la perspectiva de la relación entre responsable y encargado.

Por lo que también encontramos aquí otro elemento para afirmar que no estamos ante un responsable y encargado.

También en la Cláusula 7.9 establece la obligación de proteger los datos por parte de SGIIC, a los que hubiera tenido acceso como consecuencia de la ejecución del contrato. Es decir, es el “supuesto responsable” quien se

compromete a esta obligación, cuando suele ser al revés, es el encargado el que se compromete a proteger los datos a los que ha tenido acceso como consecuencia de la prestación del servicio (del encargo). Por lo tanto, este es otro ejemplo de que no estamos ante una relación en términos de responsable-encargado.

Finalmente hay que indicar que en la Clausula Octava referida a los contratos de subdistribución, no se infiere que la SGIIC autorice a la plataforma de distribución a contratar a subdistribuidores, sino que del literal de la misma se deduce que ambas partes convienen dicha posibilidad, y, por tanto, que es una parte de las obligaciones contractuales que asume la plataforma.

En cuanto al Anexo sobre Protección de datos que figura en el contrato, es importante detenerse en el apartado referido al a Conservación de los datos personales tratados, pues se indica que serán las partes las que (...) *procederán al bloqueo de los datos personales de la otra parte que traten como responsable del tratamiento(...)*, es decir, **se observa que ambas partes son responsables del tratamiento independientes y que se establece un deber recíproco de bloqueo**, cuando si estuviéramos ante la figura del responsable-encargado, sería el encargado el que tiene deberes sobre qué hacer con los datos que ha tratado por cuenta del responsable cuando haya finalizado la prestación del servicio. Tanto es así que el artículo 33.3 de la LOPDGDD establece que: *3. El responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado.*

Pues bien, en el presente caso es una obligación de ambas partes, lo que también nos lleva a considerar de que no estamos ante una relación entre responsable y encargado.

Y finalmente, otra consideración que debe tenerse en cuenta en el anexo de protección de datos es que incluso se denomina expresamente a la plataforma de distribución, como responsable del tratamiento cuando se regula la comunicación de datos personales tratados. Obviamente si estuviéramos ante la figura del encargado del tratamiento, no tendría dicha denominación.

V

A la vista de lo expuesto es preciso rectificar el sentido del Informe 12/2021 en lo referente a la relación entre la entidad responsable de la plataforma de distribución y la SGIIC, **que no puede establecerse en términos de responsable y encargado, sino que estamos ante dos actores independientes que tratan datos para sus propios intereses**, es decir, la

SGIIC se convierte en responsable del tratamiento cuando los potenciales compradores de las participaciones de las IIC se convierten en inversores, y del otro lado, la plataforma de distribución trata datos para los fines de su responsable del tratamiento, de la ESI o subdistribuidor, que pretende adquirir las citadas participaciones y que utiliza el servicio que aquella le presta para poder llevar a cabo la correspondiente compra.

Ahora bien, igual que en el anterior informe, las presentes conclusiones se emiten a raíz del análisis de la relación contractual que ha explicado la consultante y que se deriva principalmente de los contratos aportados, tanto con las empresas de servicios de inversión o subdistribuidores, como con las SGIIC, de tal manera que **en otras relaciones jurídicas con elementos distintos a los analizados las conclusiones aquí extraídas podrían no resultar de aplicación.**

Madrid, a 17 de noviembre de 2021