

936-031219

- **Procedimiento N°: PS/00447/2019**

## RESOLUCIÓN R/00097/2020 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00447/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **XFERA MÓVILES, S.A.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** Con fecha 22 de enero de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **XFERA MÓVILES, S.A.** (en adelante, el reclamado), mediante el Acuerdo que se transcribe:

&lt;&lt;

Procedimiento N°: PS/00447/2019

935-240719

### ACUERDO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes:

### HECHOS

**PRIMERO:** D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 17 de junio de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra XFERA MÓVILES, S.A. con NIF A82528548 (en adelante, la reclamada o Yoigo).

El reclamante manifiesta que le están reclamando una deuda impagada en nombre de Yoigo, por una contratación que no realizo.

Además, aporta documentación acreditativa de las facturas que le reclama Yoigo, de enero y febrero de 2016 y que ascienden a 70,90 y 27,41 euros.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante y de los hechos y documentos de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD).

Como resultado de las actuaciones de investigación practicadas, se constata que el responsable del tratamiento es el reclamado.

En el marco del expediente E/6773/2019, mediante escrito firmado el 12/07/2019, se dio traslado de la reclamación a Yoigo solicitándole que en el plazo de un mes facilitara información sobre los hechos expuestos en la reclamación y detallara las medidas adoptadas para evitar que en el futuro se produzcan situaciones similares. El escrito se notificó a la reclamada electrónicamente siendo la fecha de aceptación de la notificación el 17/07/2019 tal y como lo acredita el certificado expedido por la FNMT que obra en el expediente.

Transcurrido el plazo concedido a la reclamada sin que hubiera respondido a la solicitud de información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), en fecha 08/10/2019, se firma el acuerdo de admisión a trámite de la presente reclamación.

Por otra parte, en el marco del expediente número E/09581/2019, a tenor del artículo 67 de la LOPDGDD, la Inspección de Datos de la AEPD inicia actuaciones de investigación previa.

Obran en el expediente administrativo el certificado expedido por la FNMT, en el que consta que la notificación de fecha 29/10/2019, fue devuelta por rechazo automático el 09/11/2019 y el emitido por Correos acredita la recepción por la reclamada de la notificación correspondiente al requerimiento informativo que se le hizo en el curso de la investigación, entregado, el 15/11/2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en los artículos 47 y 48 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y para resolver este procedimiento.

### II

El Reglamento general de protección de datos se ocupa en su artículo 5 de los principios que han de regir el tratamiento de los datos personales y menciona entre ellos el de *“licitud, lealtad y transparencia”*. El precepto dispone:

*“1. Los datos personales serán:*

*a) Tratados de manera lícita, leal y transparente con el interesado;”*

El artículo 6 del RGPD, *“Licitud del tratamiento”*, detalla en su apartado 1 los supuestos en los que el tratamiento de datos de terceros es considerado lícito:

*“1. El tratamiento sólo será lícito si cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

*a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*

*b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*

*(...)”*

La vulneración del artículo 6.1 del RGPD se encuentra tipificada en el artículo 83 del RGPD que, bajo la rúbrica *“Condiciones generales para la imposición de multas administrativas”*, señala:

*“5. Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 Eur como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

*a) Los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5,6,7 y 9.”*

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) en su artículo 72.1.b) califica esta infracción, a efectos de prescripción, como infracción muy grave.

La documentación que obra en el expediente ofrece evidencias de que la reclamada vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que trató los datos personales del reclamante (nombre, apellidos y DNI) vinculados al alta a su nombre de un servicio de telecomunicaciones que el reclamante niega haber contratado.

Procede recordar que el artículo 5 del RGPD, después de aludir en su apartado 1 a los principios relativos al tratamiento de los datos personales -entre ellos, como se ha señalado en el Fundamento precedente, al de “licitud”-, dice en su apartado 2:

*“El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo (<<responsabilidad proactiva>>)”*

En idéntico sentido se pronuncia el Considerando 42 del RGPD que dice: *“Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquél ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento...”*

Criterio que coincide con la doctrina seguida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional durante la vigencia de la Ley Orgánica 15/1999. El tribunal vino considerado que cuando el titular de los datos niega la contratación corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia, siendo obligación del responsable del tratamiento de datos de terceros recabar y conservar la documentación necesaria para acreditar el consentimiento del titular. Citamos, por todas, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto.

Pues bien, respecto a los hechos que son objeto de la presente reclamación, debemos destacar que la reclamada, pese a las reiteradas solicitudes que recibió de la AEPD para que explicara los hechos sobre los que ésta versa, nunca respondió ni aportó prueba alguna que permitiera estimar que el tratamiento de los datos del reclamante había sido legítimo.

Nos remitimos sobre el particular a la solicitud de información que la AEPD dirigió a la reclamada en el marco del E/6723/2019, antes por tanto de que la presente reclamación hubiera sido admitida a trámite (E/09581/2019). Solicitud cuya recepción por la reclamada queda probado (certificado expedido por la FNMT) que aconteció el 17/07/2019.

Sin embargo, no se recibió respuesta alguna y con fecha 15/10/2019 se acordó la admisión a trámite de la reclamación. En idéntico sentido, cabe señalar que, iniciadas las actuaciones de investigación (E/09581/2019), se efectúan por la inspección de datos de esta Agencia dos requerimientos informativos a los que tampoco responde la reclamada. Recordatorio que, circunscrito a la vulneración del artículo 6.1. del RGPD, tiene por finalidad poner de manifiesto que la reclamada ha tenido sobradas oportunidades de aportar evidencias o documentos que acreditaran que, en contra de las declaraciones y pruebas documentales facilitadas por el reclamante, el tratamiento de datos que es objeto de valoración en el presente caso fue ajustado a Derecho.

La falta de diligencia desplegada por la entidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos de carácter personal es, pues, evidente. Un cumplimiento diligente del principio de licitud en el tratamiento de datos de terceros requiere que la responsable del tratamiento esté en condiciones de probarlo (principio de responsabilidad proactiva)

En definitiva, obran en el expediente evidencias de que la reclamada trató los datos personales del reclamante sin legitimación para ello. Tratamiento que se materializó en el alta de un servicio de telecomunicaciones vinculado a sus datos personales. Tratamiento que, además, se han mantenido en el tiempo durante más de cuatro años, pues datan, al menos, de enero de 2016. La conducta descrita vulnera el artículo 6.1. del RGPD y es subsumible en el tipo sancionador del artículo 83.5.a, del RGPD.

### III

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

*“Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.”*

*“Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:*

*a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*

*b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*

*c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*

*d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*

*e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*

*f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*

*g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*

*h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;*

*i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;*

*j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y*

*k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”*

Respecto al apartado k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, dispone:

*“2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:*

*a) El carácter continuado de la infracción.*

*b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.*

- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*
- f) La afectación a los derechos de los menores.*
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.”*

De acuerdo con los preceptos transcritos, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer a la reclamada como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, en una valoración inicial, se estiman concurrentes en el presente caso, en calidad de agravantes, los siguientes factores:

- La duración del tratamiento ilegítimo de los datos de la afectada efectuado por la reclamada. De la documentación que obra en el expediente se evidencia que el tratamiento de los datos se inició, al menos, antes de enero de 2016. Lo que entraña, en definitiva, una circunstancia agravante muy cualificada (artículo 83.2.a, del RGPD)
- La reclamada vulneró el artículo 6.1 RGPD, a través de una conducta subsumible en el artículo 83.5.a) del RGPD. El tratamiento materializado en la vinculación de los datos personales del reclamante a un contrato de telecomunicaciones que niega haber suscrito. Circunstancia agravante muy cualificada encuadrable en el artículo 83.2.a, del RGPD.
- La nula cooperación con la AEPD a fin de poner remedio a la infracción y mitigar sus efectos (artículo 83.2.f, del RGPD)
- La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD).

Por lo tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: INICIAR PROCEDIMIENTO SANCIONADOR a XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO), con NIF A82528548, por la presunta infracción del artículo 6.1.a) del RGPD tipificada en el artículo 83.5.a) y calificada de infracción muy grave, a efectos de



prescripción, por el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD.

SEGUNDO: NOMBRAR instructor a D. **B.B.B.** y secretaria a Dña. **C.C.C.**, indicando que cualquiera de ellos podrá ser recusado, en su caso, conforme a lo establecido en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

TERCERO: INCORPORAR al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación anexa, y todos los documentos generados por la reclamación.

CUARTO: QUE a los efectos previstos en el art. 64.2 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la sanción que pudiera corresponder por la infracción (artículo 83.5.a, RGPD) sería de 60.000 euros (sesenta mil euros), sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

QUINTO: NOTIFICAR el presente acuerdo a XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO), con NIF A82528548, otorgándole un plazo de audiencia de diez días hábiles para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes. En su escrito de alegaciones deberá facilitar su NIF y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento.

Si en el plazo estipulado no efectuara alegaciones a este acuerdo de inicio, el mismo podrá ser considerado propuesta de resolución, según lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPACAP, en caso de que la sanción a imponer fuese de multa, podrá reconocer su responsabilidad dentro del plazo otorgado para la formulación de alegaciones al presente acuerdo de inicio; lo que llevará aparejada una reducción de un 20% de la sanción que proceda imponer en el presente procedimiento. Con la aplicación de esta reducción, la sanción total quedaría establecida en 48.000 euros (cuarenta y ocho mil euros) resolviéndose el procedimiento con la imposición de esta sanción.

Del mismo modo podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá la reducción de un 20% de su importe. Con la aplicación de esta reducción, la sanción total quedaría establecida en 48.000 euros (cuarenta y ocho mil



euros) y su pago implicará la terminación del procedimiento.

La reducción por el pago voluntario de la sanción es acumulable a la que corresponde aplicar por el reconocimiento de la responsabilidad, siempre que este reconocimiento de la responsabilidad se ponga de manifiesto dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento. El pago voluntario de la cantidad referida en el párrafo anterior podrá hacerse en cualquier momento anterior a la resolución. En este caso, si procediera aplicar ambas reducciones, el importe de la sanción total quedaría establecido en 36.000 euros (treinta y seis mil euros)

En todo caso, la efectividad de cualquiera de las dos reducciones mencionadas estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En caso de que optara por proceder al pago voluntario de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente, 48.000 euros o 36.000 euros, deberá hacerlo efectivo mediante su ingreso en la cuenta nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000** abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A., indicando en el concepto el número de referencia del procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa de reducción del importe a la que se acoge.

Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para continuar con el procedimiento en concordancia con la cantidad ingresada.

El procedimiento tendrá una duración máxima de nueve meses a contar desde la fecha del acuerdo de inicio o, en su caso, del proyecto de acuerdo de inicio. Transcurrido ese plazo se producirá su caducidad y, en consecuencia, el archivo de actuaciones; de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la LOPDGDD.

Por último, se señala que conforme a lo establecido en el artículo 112.1 de la LPACAP, contra el presente acto no cabe recurso administrativo alguno.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos

&gt;&gt;

**SEGUNDO:** En fecha 10 de febrero de 2020, el reclamado ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **36.000 euros** haciendo uso de las dos reducciones previstas en el Acuerdo de inicio transcrito anteriormente, lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad.

**TERCERO:** El pago realizado, dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento, conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción y el reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos a los que se refiere el Acuerdo de Inicio.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones que se cometan contra dicho Reglamento; las infracciones del artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, y las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI), según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

#### II

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), bajo la rúbrica “*Terminación en los procedimientos sancionadores*” dispone lo siguiente:

*“1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.*

*2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.*

*3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de*

*iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.*

*El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.*

De acuerdo con lo señalado,  
la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

**PRIMERO:** DECLARAR la terminación del procedimiento **PS/00447/2019**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

**SEGUNDO:** NOTIFICAR la presente resolución a **XFERA MÓVILES, S.A.**.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos