

- **Procedimiento N°: PS/00433/2020**

RESOLUCIÓN R/00065/2021 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00433/2020, 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 20 de enero de 2021, 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:

<<

Procedimiento N°: PS/00433/2020

ACUERDO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO: La Agencia Española de Protección de Datos procedió a la apertura de la tutela de derecho, TD/00169/2019, al tener conocimiento de los siguientes hechos:

Con fecha 9 de enero de 2019, D. **A.A.A.** (en adelante el reclamante) ejerció derecho de acceso frente a **XFERA MÓVILES, S.A** con NIF A82528548 (en lo sucesivo, la reclamada), sin que su solicitud haya recibido la contestación legalmente establecida.

El reclamante aportó diversa documentación relativa a la reclamación planteada ante esta Agencia y sobre el ejercicio del derecho ejercitado y señala que la reclamada se niega a facilitarle las grabaciones que se efectuaron al llevar a cabo el alta de portabilidad, así como de la cancelación de la contratación de los servicios.

Trasladada la reclamación y siendo notificada el 28 de febrero y el 17 de mayo de 2019, no presentó alegaciones.

SEGUNDO: La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, dictó el 23 de septiembre de 2019 resolución de tutela de derecho TD/00169/2019, procediéndose a ESTIMAR la reclamación formulada por D. **A.A.A.** e instar a la entidad XFERA MÓVILES, S.A con NIF A82528548 para que, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, remita al reclamante certificación en la que se haga constar que ha atendido el derecho de acceso ejercido por éste. Las actuaciones realizadas como consecuencia de la presente Resolución deberán ser comunicadas a esta Agencia en idéntico plazo. El incumplimiento de esta resolución podría comportar la comisión de la infracción considerada en el artículo 72.1.m) de la LOPDGDD, que se sancionará, de acuerdo con el art. 58.2 RGPD.

Dicho acuerdo fue notificado a la reclamada el 15 de octubre de 2019.

TERCERO: Con fechas 8 de enero de 2020 y 17 de noviembre de 2020, se recibieron en esta Agencia sendos escritos del reclamante en los cuales manifiesta que transcurridos los plazos concedidos a la reclamada ésta incumplió la citada resolución.

CUARTO: Consta que, con fecha 18 de febrero de 2020, se volvió a requerir a XFERA MÓVILES, S.A., el cumplimiento de la resolución arriba referenciada, según acredita la práctica de la notificación a través de los servicios postales. Constando entregada la notificación a la reclamada el 20 de febrero de 2020.

Transcurrido en exceso el plazo otorgado para el cumplimiento de la citada Resolución, no consta en esta Agencia su cumplimiento.

HECHOS:

ÚNICO: La entidad XFERA MÓVILES, S.A. no ha remitido al reclamante certificación en la que se haga constar que ha atendido el derecho de acceso ejercido por éste, pese a la resolución de tutela de derecho TD/00169/2019 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD) reconoce a cada autoridad de control y, según lo establecido en los artículos 47, 64.2 y 68.1 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 iniciar este procedimiento.

II

El artículo 58 del RGPD, “Poderes”, dice:

“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

(...)

b) sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento;

(...)

d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado.

(...)

i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias del caso particular.

III

El RGPD se ocupa en su artículo 58 de los poderes de cada autoridad de control. El apartado 1.a) dispone:

“1. Cada autoridad de control dispondrá de todos los poderes de investigación indicados a continuación:

a) ordenar al responsable y al encargado del tratamiento y, en su caso, al representante del responsable o del encargado, que faciliten cualquier información que requiera para el desempeño de sus funciones.

La infracción de la que se responsabiliza a la entidad responsable IBERIA, 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 Euros 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:

e) el incumplimiento de una resolución o de una limitación temporal o definitiva del tratamiento o la suspensión de los flujos de datos por parte de la autoridad de control con arreglo al artículo 58, apartado 2, o el no facilitar acceso en incumplimiento del artículo 58, apartado 1.”

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) en su artículo 72.1 m), bajo la rúbrica “*Infracciones consideradas muy graves*” dispone:

“1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (U.E.) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquél y, en

particular, las siguientes:

(...)

m) El incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad de protección de datos competente en ejercicio de los poderes que le confiere el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679.”

IV

En el supuesto aquí analizado, ha quedado acreditado que el reclamante ejercitó su derecho de acceso ante la entidad demandada, su solicitud no obtuvo la respuesta legalmente exigible.

Asimismo, tras las evidencias obtenidas, consta que la parte reclamada no atendió el derecho de acceso ni comunicó a esta Agencia las actuaciones realizadas, el reclamante ejerció derecho de acceso a unas grabaciones de voz frente a la reclamada y esta se las deniega al no ser que se soliciten mediante reclamación planteada ante esta Agencia. Respecto de esto último hay que señalar, que se debe atender el derecho cuando es ejercitado y no cuando se presenta reclamación ante esta Agencia.

Por otra parte, se dio traslado de la reclamación a la reclamada y no contestó a esta Agencia.

V

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 en el presente caso a la entidad reclamada como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.e) del RGPD, en una valoración inicial, se estiman concurrentes los siguientes factores:

- No ha obtenido beneficios directos (83.2 k) RGPD y 76.2.c) LOPDGDD).
- Toda infracción anterior cometida por el responsable o encargado del tratamiento (83.2 e, 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).

Procede graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de 40.000 € por la infracción del artículo 58.2 del RGPD.

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., con NIF A82528548, por la presunta infracción del artículo 58.2 del RGPD, tipificada en el art. 83.5 e) del RGPD.

SEGUNDO: ORDENAR a XFERA MÓVILES, S.A., con NIF A82528548, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 d) del RGPD, para que en el plazo de un mes proceda a remitir al reclamante certificación en la que se haga constar que ha atendido el derecho de acceso ejercido por éste, pese a la resolución de tutela de derecho

TD/00169/2019 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

TERCERO: NOMBRAR como instructor a D. **B.B.B.** y, como 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).

CUARTO: INCORPORAR al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados por la Subdirección General de Inspección de Datos durante la fase de investigaciones, así como el informe de actuaciones previas de Inspección.

QUINTO: 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 sería de 40.000 euros, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

SEXTO: NOTIFICAR el presente acuerdo a XFERA MÓVILES, S.A., 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, equivalente en este caso a 8.000 euros. Con la aplicación

de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 32.0000 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 de esta, equivalente en este caso a 8.000 euros. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 32.000 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 quedaría establecido en 24.000 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 (32.0000 euros o 24.000) 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

>>

SEGUNDO: En fecha 28 de enero de 2021, el reclamado ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **24.000 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/00433/2020, 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.

936-031219

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