

- **Procedimiento N°: PS/00415/2019**

938-051119

### RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

#### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 20 de septiembre de 2018 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).

El reclamante manifiesta que no es cliente de la reclamada desde el mes de septiembre de 2017 y que por este motivo, interpuso dos reclamaciones en la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Vinaròs, siendo ambas favorables.

Posteriormente, en el mes de septiembre 2018 recibió correos electrónicos de la reclamada, en los cuales le reclama una empresa de recobro la deuda generada de forma fraudulenta desde Julio 2018.

Y, entre otra, aporta la siguiente documentación:

- Respuesta recibida en la Oficina Municipal de Información al Consumidor (en adelante, OMIC) con fecha 12 de marzo de 2018 procedente de la reclamada correspondiente a la reclamación efectuada en marzo de 2018 informado que se ha aceptado la reclamación y se ha cursado baja de la línea telefónica con fecha 3 de marzo de 2018. Así mismo, se realizan los abonos correspondientes a los periodos no disfrutados.
- Reclamación efectuada ante la OMIC con fecha 8 de mayo de 2018 mostrando su desacuerdo indicando (i) que a esta fecha continúan sus datos activos en la compañía y solicitando la supresión de los mismos y (ii) que no se ha efectuado el reembolso AB0086485 según informaba la reclamada en su respuesta del 12 de marzo de 2018.
- Respuesta recibida en la OMIC con fecha de 28 de junio de 2018 procedente de la reclamada manifestando que el abono AB0086485 no se había ingresado porque se compensó con una deuda existente pendiente de pagar. Añade que también se ha procedido a ingresar un abono correspondiente a la factura MC181742695 y que en cuanto se anule la deuda totalmente, se suprimirán sus datos de la compañía.

- Notificación con fecha de 7 de septiembre de 2018 procedente de la reclamada requiriendo el pago de una factura por importe de **XX,XX€** e informando al reclamante que sus datos podrían ser informados a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

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 LOPDGD).

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

Asimismo, se constatan los siguientes extremos:

- Con fecha de notificación del 28 de junio de 2019, en el marco del expediente E00413/2019, se realizó requerimiento a la reclamada para que informara sobre los aspectos manifestados por el reclamante, constando como fecha de aceptación la misma fecha sin que haya dado contestación a dicho requerimiento.
- En el seno del expediente E/07400/2018, con fecha de notificación 17 de octubre de 2018 se realizó traslado de la reclamación a la reclamada. Sin haberse recibido en esta Agencia contestación a dicho traslado, se le concedió con fecha de notificación de 29 de noviembre de 2018 nuevo plazo para la presentación de alegaciones. En ambas ocasiones no se ha recibido en esta Agencia contestación por parte de la reclamada.

Por este motivo se procede a la admisión a trámite de esta reclamación por tratar los datos del reclamante sin legitimación sin que la entidad haya dado respuesta a la Agencia Española de Protección de Datos.

TERCERO: Con fecha 28 de noviembre de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, la parte reclamada presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba que: *“existía un contrato entre el reclamante y esta administrada de modo que se contaba con la legitimación de cumplimiento contractual de conformidad con lo prevenido en el artículo 6 donde trata de la licitud del tratamiento.*

*Es por ello que la actuación de esta administrada estuvo en todo momento ajustada a la legalidad por cuanto llevó a cabo las operaciones de gestión pertinentes de conformidad con las vicisitudes producidas en el curso de un contrato en vigor.*

*Que por el órgano competente se acuerde la finalización del expediente sin sanción, o en su caso, incorporando en la apreciación que proceda las atenuantes correspondientes.*

QUINTO: Con fecha 10 de enero de 2020, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose: 1. Dar por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por la reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del expediente y 2. Dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00415/2019, presentadas por la entidad denunciada.

SEXTO: El 5 de febrero de 2020, se dictó y se notificó el día 7 del mismo mes y año a Xfera Móviles la Propuesta de Resolución, por presunta infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD, proponiéndose una multa de 75.000€.

Xfera Móviles no presento alegaciones a la Propuesta de Resolución.

#### HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Consta que el reclamante no es cliente de la reclamada desde el mes de septiembre de 2017 y que por este motivo, interpuso dos reclamaciones en la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Vinaròs, siendo ambas favorables.

SEGUNDO.- En el mes de septiembre 2018 recibió correos electrónicos de la reclamada, en los cuales le reclama una empresa de recobro la deuda generada de forma fraudulenta desde Julio 2018.

TERCERO.- Respuesta recibida en la Oficina Municipal de Información al Consumidor (en adelante, OMIC) con fecha 12 de marzo de 2018 procedente de la reclamada correspondiente a la reclamación efectuada en marzo de 2018 informado que se ha aceptado la reclamación y se ha cursado baja de la línea telefónica con fecha 3 de marzo de 2018. Así mismo, se realizan los abonos correspondientes a los periodos no disfrutados.

CUARTO.- Reclamación efectuada ante la OMIC con fecha 8 de mayo de 2018 mostrando su desacuerdo indicando (i) que a esta fecha continúan sus datos activos en la compañía y solicitando la supresión de los mismos y (ii) que no se ha efectuado el reembolso AB0086485 según informaba la reclamada en su respuesta del 12 de marzo de 2018.

QUINTO.- Respuesta recibida en la OMIC con fecha de 28 de junio de 2018 procedente de la reclamada manifestando que el abono AB0086485 no se había ingresado porque se compensó con una deuda existente pendiente de pagar. Añade

que también se ha procedido a ingresar un abono correspondiente a la factura MC181742695 y que en cuanto se anule la deuda totalmente, se suprimirán sus datos de la compañía.

SEXTO.- Notificación con fecha de 7 de septiembre de 2018 procedente de la reclamada requiriendo el pago de una factura por importe de **XX,XX€** e informando al reclamante que sus datos podrían ser informados a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.2 del RGPD y en los art. 47 y 48.1 de LOPDGDD.

### II

Se imputa a la reclamada la comisión de una infracción por vulneración del artículo 6 del RGPD, "*Licitud del tratamiento*", que señala 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 se 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 infracción se tipifica en el Artículo 83.5 del RGPD, que considera como tal:

*"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, 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:*

*(...)*

*b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE)2016/679.”*

### III

La documentación que obra en el expediente ofrece evidencias de que el reclamado, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento de los datos personales del reclamante sin legitimación. Los datos personales del reclamante fueron incorporados a los sistemas de información de la compañía, sin que haya acreditado que dispusiera de su consentimiento para la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en supuestos como el que aquí se plantea, ha considerado que cuando el titular de los datos niega la contratación corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia debiendo el 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.

Los datos personales del reclamante fueron registrados en los ficheros del reclamado y fueron tratados para la emisión de mensajes de correo electrónico. En consecuencia, ha efectuado un tratamiento de los datos personales sin que haya acreditado que cuente con el consentimiento de este para su tratamiento, ni que cuente la habilitación legal para ello.

Sin embargo, y esto es lo esencial, el reclamado no acredita la legitimación para el tratamiento de los datos del reclamante.

En definitiva, el reclamado no ha aportado documento o elemento probatorio alguno que evidencie que la entidad, ante tal situación, hubiera desplegado la diligencia mínima exigible para verificar que efectivamente su interlocutor era el que afirmaba ostentar.

El respeto al principio de licitud que está en la esencia del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal exige que conste acreditado que la responsable del tratamiento desplegó la diligencia imprescindible para acreditar ese extremo. De no actuar así -y de no exigirlo así esta Agencia, a quien le incumbe velar por el cumplimiento de la normativa reguladora del derecho de protección de datos de carácter personal- el resultado sería vaciar de contenido el principio de licitud.

Pues bien, respecto de 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.

Está claro que el 28 de junio, 17 de octubre y 29 de noviembre de 2018 se requirió información a la entidad reclamada. Sin embargo, no se recibió respuesta alguna.

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).

#### IV

A tenor de lo dispuesto por el RGPD en su art. 83.1 y 83.2, al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrán en cuenta los factores agravantes y atenuantes que se relacionan en el artículo señalado, así como cualquier otro que pueda resultar aplicable a las circunstancias del caso.

*“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.”*

En consecuencia, se han tenido en cuenta, como agravantes:

- La duración del tratamiento ilegítimo de los datos de la afectada efectuado por la reclamada (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).

El balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en su artículo 6 permite fijar una sanción de 75.000 euros (setenta y cinco mil euros), tipificada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

**PRIMERO:** IMPONER a XFERA MÓVILES, S.A. con NIF A82528548, por una infracción del Artículo 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 75.000,00€ (setenta y cinco mil euros).

**SEGUNDO:** NOTIFICAR la presente resolución a XFERA MÓVILES, S.A. con NIF A82528548.

**TERCERO:** Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente 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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los



restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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