



Roj: **STSJ GAL 1254/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:1254**

Id Cendoj: **15030340012023100929**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2023**

Nº de Recurso: **6177/2022**

Nº de Resolución: **1045/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 01045/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Correo electrónico: Sala3.social.tsxg.@xustiza.gal

NIG: 36057 44 4 2022 0002285

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

SECRETARÍA SRA. IGLESIAS FUNGUEIRO

RSU RECURSO SUPLICACION 0006177 /2022-MJC

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000342 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Celia

ABOGADO/A: IVAN TRIO FRIEIRO

RECURRIDO/S ZARA ESPAÑA, S.A.

ABOGADO/A: GONZALO ALBERTO IGLESIAS RIAL :

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veinticuatro de febrero de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 6177/2022, formalizado por el abogado D. Iván Trío Friero, en nombre y representación de D^a Celia, contra la sentencia número 363/2022 dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 342/2022, seguidos a instancia de D^a Celia frente a ZARA ESPAÑA, S.A., siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Celia presentó demanda contra ZARA ESPAÑA, S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 363/2022, de fecha veintiséis de julio de dos mil veintidós

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.-La demandante Doña Celia ha prestado servicios para la empresa ZARA ESPAÑA SA desde el 2 de diciembre de 2008, con la categoría profesional de dependienta mayor, con un salario anual de 16.688'68 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, con jornada a tiempo parcial de 27 horas semanales. SEGUNDO.-La demandante fue despedido de la empresa con efectos de 5 de abril de 2022, mediante comunicación en la que le imputaban los siguientes hechos: la empresa tuvo conocimiento de una sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Vigo, en cuyo fallo se la condena por un delito leve continuado de hurto cometido por Vd contra Bershka Bsk España S.A y Stradivarius España S.A., empresas del mismo Grupo que esta Compañía, como bien sabe. Tal y como consta en la sentencia su proceder consistió en que el día 1 de marzo de 2022 entró en los establecimientos de Bershka y Stradivarius donde cogió varias prendas con un PVP de 19,99 € y 45,97 €, respectivamente, le quitó las alarmas, y salió del establecimiento sin abonarlas, siendo sorprendida por el vigilante de seguridad. TERCERO.-Por sentencia del Juzgado de Instrucción 3 de Vigo de 25 de marzo de 2022 la demandante fue condenada por la comisión de un delito leve continuado de hurto con la agravante de manipulación de alarmas, a la pena de 60 días multa con una cuota diario de 4 euros, así como la indemnización a las empresas de la cuantía de 19'99 € y 45'97 €. En la sentencia se hace constar que la mercancía no se puede volver a poner a la venta por los desperfectos que presenta. CUARTO.- En el Manual de política de privacidad del GRUPO INDITEX que la demandante conoce, se establece que se compartirán los datos con empresas del mismo grupo, con la finalidad de garantizar la seguridad incluyendo controles de acceso y videovigilancia dispositivos y medios corporativos así como la prevención del fraude y para controlar y supervisar el cumplimiento de la normativa interna del grupo Inditex así como gestionar el canal de denuncias. QUINTO.-Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, la misma tuvo lugar con el resultado de sin avenencia. SEXTO.-El demandante no es ni ha sido durante el último año representante legal de los trabajadores.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Celia, debo declarar y declaro procedente el despido de la demandante de fecha 5 de abril de 2022 por parte de la empresa ZARA ESPAÑA SA, convalidando la extinción del contrato en tal fecha y absolviendo a la empresa demandada de todos los pedimentos formulados en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Celia formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 11 de noviembre de 2022.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados se pretende alterar:



1º/ modificando el **hecho probado cuarto**, para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"En el Manual de política de privacidad de Zara España S.A. se establece que se compartirán los datos con empresas del mismo grupo, con la finalidad de garantizar la seguridad incluyendo controles de acceso y videovigilancia dispositivos y medios corporativos así como la prevención del fraude y para controlar y supervisar el cumplimiento de la normativa interna del grupo Inditex así como gestionar el canal de denuncias"

Se ampara en documento n.º 4 del ramo de prueba documental aportado por la demandada en el acto del juicio, "documentación relativa a la Política de Privacidad y Protección de datos Grupo Inditex".

Sostiene la recurrente que, interesa la revisión del hecho probado, toda vez que dicha redacción es errónea, por cuanto no se ajusta a la realidad, y porque contiene afirmaciones sobre hechos que, a su parecer, no se pueden dar por acreditados con la prueba practicada, pudiéndose constatar su falta de adecuación a la realidad de una simple pero atenta lectura a la documental obrante en autos, en particular al mencionado manual de privacidad.

Así formulado el motivo de recurso merece ser desestimado.

Como ya señalamos en autos Rec-num. 1543/11 de esta misma Sala y Sección, la modificación propuesta presenta un claro signo conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultando de la interpretación de los documentos que hace la parte recurrente, debiendo recordarse a este respecto que la prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria.

La recurrente hace una valoración del documento. Procediendo exclusivamente en todo caso tenerlo por reproducido.

En cuanto a la supresión de la expresión " *Que la demandante conoce*" se ampara en la prueba testifical en que se ha amparado el órgano judicial, reflejada en el fundamento de derecho primero, al decir que el hecho probado cuarto se obtiene de "manual de datos de la empresa y testifical"

Tal como se formula la revisión también merece ser desestimada. Reiteradamente venimos poniendo de manifiesto que la testifical no constituye prueba legalmente apta para revisar los hechos declarados probados, que conforme a los arts. 193 B) y 194 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social ha de ser documental y/o pericial. Por ello, el acta de juicio en que se refleja aquella testifical constituye un mero soporte material de constatación- expresión de la práctica de esta prueba, no documento potencialmente revisor.

A lo que cabe añadir que, este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas - documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre-90 [RJ 1990\7929] y 13-diciembre-90 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 3-3-00 [AS 2000\487], 14-4-00 [AS 2000\1087], 15-4-00...).

SEGUNDO: Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social alega en 5 motivos en sede jurídica las siguientes infracciones:

- infracción de los artículos 234 y 235 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el artículo 4 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, acerca del carácter público de las sentencias penales.

- infracción de los artículos 6 y 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y de los artículos 5, 6 y 10 del REGLAMENTO (UE) 2016/679 sobre protección de personas físicas en materia de datos personales, en relación con el artículo 236 quinquies de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.



- infracción de jurisprudencia, en concreto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (pleno), de fecha 30 de noviembre de 2000, número 292/2000, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos.

- infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española y de su jurisprudencia de desarrollo, en particular de la sentencia 194/2022, del Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, de 8 de marzo de 2022, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, y que determinan la vulneración del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

- infracción de normas sustantivas, concretamente de los artículos 1.2, 20.2, 20.3, 54 y 58.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la vulneración de jurisprudencia relacionada, en particular de las sentencias del Tribunal Supremo, STS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012 y STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, infracciones relativas a la doctrina jurisprudencial acerca de la diferenciación entre un grupo de empresas mercantil y laboral y las consecuencias jurídicas de su calificación como uno u otro.

TERCERO: Para una más adecuada exposición de la argumentación comenzaremos por la última de las infracciones alegadas.

Sostiene la recurrente que se aprecia infracción de normas sustantivas, concretamente de los artículos 1.2, 20.2, 20.3, 54 y 58.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la vulneración de jurisprudencia relacionada, en particular de las sentencias del Tribunal Supremo, STS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012 y STS de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014, infracciones relativas a la doctrina jurisprudencial acerca de la diferenciación entre un grupo de empresas mercantil y laboral y las consecuencias jurídicas de su calificación como uno u otro, lo que determina la falta de legitimación de la demandada para ejercer el poder disciplinario, por cuanto considera que los hechos suceden absolutamente al margen del ámbito laboral, así como la falta de antijuridicidad de la conducta sancionada con el despido disciplinario, por el mismo motivo. Parte la recurrente para la solución del litigio de la necesaria especificación de lo que es un grupo de empresas mercantil y la determinación de quien ostenta jurídicamente la cualidad de empleador del art. 1.2 del ET y por lo tanto a quien pertenecen las responsabilidades y facultades empresariales que la ley concede al empresario, y consecuentemente también, sus límites intrínsecos.

Considera la recurrente vulnerados los artículos 1.2, 20.2, 20.3, 54 y 58.1 del ET, toda vez que dice, se le está atribuyendo la consideración de empresario al grupo empresarial, a conveniencia, y de esta forma el consiguiente ejercicio de los poderes de control y disciplinario, se extiende mucho más allá de los límites que debiera tener, que no son otros que los de su verdadero empleador, Zara España S.A, además de que se vulnera igualmente el principio de antijuridicidad consagrado en los artículos 54 y 58 del ET, que debe estar presente para justificar el poder sancionatorio empresarial, ya que, en aplicación de la doctrina correcta acerca de la trascendencia jurídica de un grupo empresarial a efectos laborales, los hechos sancionados suceden absolutamente al margen de toda relación laboral entre empleadora y empleada.

Pues bien, para resolver tal cuestión debemos de hacer las siguientes consideraciones:

1º/ Es un hecho conforme que Zara España S.A, Bershka BSK España S.A y Stradivarius España S.A, forman parte de un grupo mercantil, siendo su sociedad matriz Industria de Diseño Textil S.A (Inditex S.A)

2º/ Que como resolvimos en nuestra sentencia de TSJ, Social sección 1 del 12 de diciembre de 2019 (ROJ: STSJ GAL 7240/2019 - ECLI: ES: SJGAL:2019:7240 sentencia: 5098/2019 Recurso: 4768/2019, el concepto de grupo de empresas laboral es un concepto de elaboración jurisprudencial que hasta fechas recientes se entendía como un concepto de extensión no equivalente al concepto de grupo de sociedades mercantil. En la actualidad esta doctrina se haya superada, pues lógicamente el concepto de grupo de empresas sólo puede ser el mismo para todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido recientemente el TS, por ejemplo, en sentencia de 27-05-2013 (Rec. 78/2012), seguida por otras muchas.

El concepto de grupo de sociedades o grupo de empresas mercantil se utiliza para referirse a los conglomerados societarios con nexos empresariales, accionariales y de producción y/o prestación de servicios comunes, lo que el CCo llaman grupo de sociedades. A tal efecto, el art. 42 1º del CCo señala que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los



miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta".

Que como se observa, se trata de un concepto restrictivo de grupo de empresa y que se releva como relativamente simple, obedeciendo a lo que podríamos denominar como "grupo de empresas vertical o subordinado". Así, existe un grupo de empresas siempre que una empresa -principal- "controla o domina" a otra/s (controladas o dominadas), y en lo que son ejemplo de ello los supuestos de propiedad o participación financiera, entre otros. Pero, como quiera que en el tráfico mercantil y societario esta simplicidad no es siempre objetivable como la experiencia nos enseña, la Ley contempla una serie de presunciones "iuris tantum", de tal manera que su concurrencia comporta, de entrada, la consideración de la existencia de este grupo de empresas.

Nada impide, sin embargo, que el concepto de grupo de empresas se extienda a otro tipo de conglomerado societario del tipo horizontal formado por sociedades mercantiles, o sociedades mercantiles y personas físicas en las que concurren vínculos accionariales y coincidencia de administradores societarios, por ejemplo, en el caso de empresas de tipo familiar, en los que no es preciso acudir a las presunciones del art. 42 1º del CCo, pues en ellos suele existir una mayoría de capital social formada por los mismos socios, y suelen coincidir los administradores societarios. Este grupo de empresas o sociedades es legítimo y adecuado a derecho como manifestación de la libertad de empresa vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Cosa distinta se produce cuando un grupo de sociedades, vertical u horizontal abusa de esa personalidad jurídica diferenciada de cada uno de sus integrantes incurriendo en fraude directamente relacionado con los derechos de los trabajadores de esas empresas. Así, más comúnmente, el término de grupo de empresas a efectos laborales o grupo de empresas laboral ha sido utilizado para mencionar a aquellos supuestos patológicos que suelen diagnosticarse en la jurisdicción social y que bajo la apariencia de diferentes realidades empresariales (aparentemente diferenciadas) constituyen, en realidad, un único empleador y para lo que la Ley Concursal utiliza la expresión "quienes tuvieren sus patrimonios confundidos". En estos supuestos lo que se produce es simplemente un cambio de perspectiva, de modo que es desde la persona del trabajador o trabajadores de la empresa donde se debe identificar la existencia de un solo empresario, pese a la apariencia legal y formal de una pluralidad empresarial.

Así, la jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa puramente mercantiles, en los que cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades, de los grupos de empresa laborales, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, al entenderse que el empresario real, conforme al artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, es el grupo en su conjunto, por concurrir, además de los requisitos para que exista grupo mercantil, otras circunstancias adicionales. Es decir, que puede existir una responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo con independencia de que el grupo tenga una estructura vertical y se adecuó al concepto que a tal efecto se dispone en el art. 42 1º del CCo, como si el grupo de empresas es del tipo horizontal, de tipo familiar en el sentido ya mencionado.

En sede del derecho del trabajo, sus reflexiones no se han centrado tanto en la estructura societaria y sus vínculos sino en la posibilidad de que el grupo de empresas pueda tener cabida en el art. 1 2º del E.T. y por ello pueda ser considerado como empresario o empleador. Al respecto, la sentencia del T.S. de 23 de enero de 2007 (recurso 641/2005) ya incluyó al grupo de empresas dentro del concepto de empresario del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores señalando que "A estas situaciones apuntan lo dispuesto en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las "personas físicas y jurídicas" y también a las "comunidades de bienes" "que reciban la prestación de servicios" de los trabajadores asalariados.

La principal consecuencia pues del reconocimiento de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales es la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, pero antes de establecer esta consecuencia, procederá analizar si se da el fraude que justifica dicha consecuencia. La Jurisprudencia ha dado también reglas sobre cuando el grupo de empresas es fraudulento, señalando, en síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo" (STS de 23 de octubre de 2012, Rec. 351/2012).



De lo anterior cabe deducir que no son elementos constitutivos de fraude la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél (STS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012). Tampoco es elemento que indique fraude por sí mismo, la existencia de una dirección unitaria, de una dirección comercial común, la mera coincidencia de accionistas o de administradores ni el uso de infraestructuras comunes.

3º/ En el supuesto de autos, resulta también hecho conforme que no estamos ante un grupo de empresas patológico. Sino ante un grupo de empresas mercantil.

El recurrente parte de la base de que el grupo mercantil, es "inocuo" en el ámbito laboral, manteniéndose la absoluta independencia de las empresas que lo componen. Considerando que la condición de empresario la ostenta a tenor del art 1.2 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, do 23 de octubre) cada una de las empresas del grupo, no pudiendo ejercer el grupo como tal, funciones como empleador en relación con los trabajadores de las otras empresas del grupo.

Y debido a ello considera que no cabe una política de datos y privacidad unitaria para todo el grupo, por la independencia jurídica de las empresas que lo componen. Considerando que así se eliminan todas las restricciones o cautelas que la normativa de protección de datos contempla.

Considerando asimismo que la limitación del derecho fundamental de la demandante, se llevo a cabo por las empresas Bershka y Stradivarius, que son las que teniendo la información personal deciden el tratamiento de datos, considerando que, en virtud de la independencia de las empresas del grupo, no tenían relación laboral con la demandante, no pudiendo ejercer ningún control sobre los actos de la misma, ni vulnerar sus derechos fundamentales. Insiste en la diferenciación entre empresa empleadora y grupo, y en que Zara España S.A es la receptora de la información confidencial y verdadera empleadora de la demandante, no la responsable del tratamiento. Considerando que su posición es pasiva. Y que no tiene interés legítimo al ser los hechos ajenos a la relación laboral. Entendiendo que Zara no ha efectuado control de datos, y como sujeto absolutamente pasivo, entiende que no concurre legítima razón empresarial justificativas de la monitorización" (en este caso cesión de datos) al entender que esta cesión de datos, la ha efectuado una empresa completamente ajena a la relación laboral de la demandante.

Dice que se confunde en los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, empresa empleadora con el "grupo entero". Parte nuevamente de la consideración de empresas independientes jurídicamente y que cada una ocupa la posición del empresario, del art 1.2 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, do 23 de octubre en relación con sus empleados. Atribuye el poder disciplinario únicamente a Zara España S.A, ligado al desempeño laboral y al cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud el contrato de trabajo, considerando que los hechos acaecidos están absolutamente al margen del desempeño laboral dentro de la esfera privada y en el centro de trabajo de otra empresa diferente. Y que se da transferencia de facultades de control disciplinario al grupo, que vulnera la normativa y jurisprudencia.

Añadiendo además que no estamos ante supuestos en que se pueda extender el poder disciplinario a hechos en principio ajenos al trabajo, por cuanto considera que no hay daño para Zara España S.A, no hay menoscabo de su imagen o reputación, no se enturbia ni emponzoña el ambiente laboral, al no ser los empleados de Bershka y Stradivarius compañeros de trabajo, entendiendo vulnerados los artículos 1.2 1.2, 20.2, 20.3, 54 y 58.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre,

CUARTO: Pues bien, como primera aproximación y partiendo del dato cierto de que estamos en presencia de un "grupo mercantil", la solución de si se han infringido los artículos anteriormente citados, se encuentra en íntima relación, con las infracciones que se alegan en los motivos segundo y tercero del escrito de recurso.

- infracción de los artículos 234 y 235 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el artículo 4 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, acerca del carácter público de las sentencias penales.

- infracción de los artículos 6 y 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y de los artículos 5, 6 y 10 del REGLAMENTO (UE) 2016/679 sobre protección de personas físicas en materia de datos personales, en relación con el artículo 236 quinquies de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.

Según el artículo 42 del Código de Comercio, hablamos de grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En la misma dirección, el 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



y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, (Reglamento general de protección de datos), define en el art 4 del Reglamento, destinado a las definiciones, 19) «grupo empresarial»: grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas.

Es criterio reiterado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que, el hecho de que exista un grupo empresarial no significa que cada una de las empresas que lo forman no cuenten con su propia personalidad jurídica y que, por tanto, sea cada una de ellas responsable de sus ficheros de carácter personal. Por otro lado, en la práctica de protección de datos, es muy habitual encontrar a grandes grupos empresariales constituidos por diferentes empresas dedicadas a actividades distintas y que se comunican entre ellas datos de clientes, proveedores, empleados, etc.

Pues bien, en el supuesto concreto ahora analizado, el recurrente alega infracción de los artículos 234 y 235 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el artículo 4 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, acerca del carácter público de las sentencias penales.

En cuanto que considera el recurrente que, en la sentencia en su Fundamento de Derecho Segundo, se afirma que la demandada puede tener acceso directo a la sentencia en su condición de grupo empresarial y que el acceso a las sentencias es público. Considerando el recurrente que la afirmación en el FD 2º de tal carácter público y acceso abierto de las sentencias penales, y su obvia trascendencia en el fallo, infringe lo dispuesto en los citados artículos 234 y 235 de la LOPJ y norma reglamentaria de desarrollo.

Parte el recurrente de que estamos hablando de varias empresas diferentes, con personalidades jurídicas independientes y diferenciadas, y organización, personal y funcionamiento individual y autónomo, por más que pertenezcan a un mismo grupo empresarial y haya una empresa matriz.

Y que las partes en el procedimiento penal fueron Bershka y Stradivarius, no Zara España S.A. Y que no se han respetado las normas de procedimiento que contienen los referidos artículos, a los efectos de la publicidad de las sentencias.

No desconocemos el contenido de los artículos 234 y 235 de la LOPJ, ni tampoco las referencias, "a las partes" ni a "cualquier persona interesada", ni respecto del procedimiento específico, para la determinación del tercero con interés legítimo del reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, ni el acceso a las sentencias, ni el concepto de publicidad de las mismas, ni tampoco las resoluciones de la agencia de protección de datos, respecto de la publicidad de las sentencias, lo que no compartimos, es que tales preceptos tengan encaje en el supuesto ahora contemplado, pues como a lo largo de todo el escrito de interposición de recurso, viene alegando la recurrente, en el procedimiento penal en el que recayó la sentencia, dictada en juzgado de instrucción nº 3 de Vigo, delitos leves 506/2022, las partes han sido la demandante y las entidades Bershka y Stradivarius, con quienes se entendió el procedimiento. Sin que por parte de Zara España se haya solicitado conforme a tales preceptos copias o manifestado interés legítimo en su obtención.

No estando en un supuesto de infracción de los artículos referidos, sino de cesión de datos, y de calificación de la misma en cuanto a su licitud o ilicitud, y la importancia que en tal decisión pueda tener la existencia de grupo mercantil empresarial, y a la adecuación de la conducta del grupo a las normas de protección de datos y concretamente al Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Lo que nos lleva a resolver sobre las infracciones de la ley de protección de datos alegadas, y concretamente infracción de los artículos 6 y 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y de los artículos 5, 6 y 10 del REGLAMENTO (UE) 2016/679 sobre protección de personas físicas en materia de datos personales, en relación con el artículo 236 quinquies de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.

QUINTO: Pues bien, para determinar si estamos ante una cesión de datos, y en su caso permitida o no por el ordenamiento jurídico:

Comenzaremos por el planteamiento que hace la recurrente sosteniendo que: el artículo 236 quinquies de la LOPJ recoge textualmente: "3. *Los datos personales que las partes conocen a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación también incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.*"

Y que no siendo un hecho controvertido en el presente procedimiento que han sido las empresas Bershka y Stradivarius las que han facilitado a la demandada y empleadora, Zara España S.A., la sentencia penal n.º 57/2022, emitida por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Vigo, por la que se condena a la actora-recurrente- por un delito leve continuado de hurto, entiende la recurrente que se ha vulnerado claramente lo dispuesto en el



meritado artículo arriba transcrito, al incumplir dicha obligación referente al tratamiento conforme a normativa de protección de datos. Insistiendo en la circunstancia de que se trata de empresas diferentes, personas jurídicas independientes, con plena autonomía para moverse en el tráfico jurídico y cada una de ellas con sus propias responsabilidades como tal. Y que los grupos empresariales o mercantiles no ostentan personalidad jurídica propia, y en el ámbito del derecho del trabajo en particular, es doctrina unánime que el hecho de estar ante un grupo empresarial mercantil no tiene consecuencia alguna ni proyección sobre la relación laboral de los trabajadores con la empresa a la que se hallen ligados, más allá de algunos supuestos particulares, como pueda ser la existencia de un grupo patológico o laboral, cuestión aquí claramente descartada.

Y considera que estamos ante un supuesto de aplicación obvio de lo dispuesto en el artículo 236 quinquies, conforme al cual, tanto Bershka como Stradivarius, como personas jurídicas plenamente independientes que son, deberán tratar los datos personales que conozcan a causa del proceso judicial conforme a la normativa de protección de datos, esto es, en la actualidad, la ley 3/2108 y el Reglamento UE 2016/679. Considerando que se incumple entonces manifiestamente lo dispuesto en el artículo 236 quinquies de la LOPJ, toda vez que Bershka y Stradivarius realizan un tratamiento de los datos personales de la actora, conocidos a través de la sentencia penal -y por su naturaleza, especialmente protegidos-, absolutamente vulnerador de dicha normativa tuitiva de la protección de datos. En cuanto que cede dichos datos a un tercero sin ningún tipo de consentimiento de la afectada.

Insiste la recurrente en que, se intenta justificar un tratamiento de datos personales de naturaleza penal, por parte de los responsables del tratamiento, Bershka Bsk España S.A., y Stradivarius España S.A., consistente en su cesión a un tercero, con la presentación del manual de privacidad de ese tercero, destinatario de los datos, Zara España S.A. Incidiendo una vez más en que, los responsables del tratamiento de los datos personales de la recurrente, que conocieron a través del proceso judicial, eran Bershka y Stradivarius, y en tal calidad a ellos les corresponde velar por el cumplimiento de la normativa, y no al tercero al que se le ceden los datos.

Pues bien, entrando en la resolución del fondo del motivo de recurso, debemos comenzar señalando que el artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales dice:

Tratamiento de datos de naturaleza penal.

*1. El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, **solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal.***

2. El registro completo de los datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas a que se refiere el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, podrá realizarse conforme con lo establecido en la regulación del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, remite el referido precepto, para poder ser amparado el tratamiento de datos relativos a condenas e infracciones penales, (como es el caso) para fines distintos de los allí señalados, a una norma de Derecho de la Unión, de la Ley Orgánica 3/2018, o en otras normas de rango legal.

Tal como expresamos, se define en el art 4 del Reglamento, Reglamento (UE) 2016/679 destinado a las definiciones, 19) «grupo empresarial»: grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas;

Y conforme a la redacción de los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679 y 11 Ley Orgánica 3/2018, en el caso de "cesión de datos" entre las empresas del mismo grupo, éstas deberán, en primer lugar, informar de esta circunstancia a los afectados cuyos datos se pretenden ceder (proveedores, clientes, trabajadores, etc.), esta información se hará de conformidad con el artículo 12 y 13 RGPD y 11 LOPDGGDD, es decir, deberán ser informados de la cesión de sus datos, identificando a las empresas de grupo, la finalidad de la cesión y la base que legitima esa cesión.

Y concretamente el art 14 del reglamento relativo a la información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, tras determinar en los puntos 1 al 4 el tipo de información



exigible, y los plazos, y formas de la misma, establece en el punto 5 que: "5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no serán aplicables cuando y en la medida en que: a) el interesado ya disponga de la información"....."

Pues bien, debemos reconocer con la recurrente, que el supuesto actual se circunscribe a una actuación de los responsables del tratamiento, Bershka Bsk España S.A., y Stradivarius España S.A., consistente en su cesión en este caso a Zara España S.A., pues no cabe duda que los responsables del tratamiento de los datos personales de la recurrente, que conocieron a través del proceso judicial, eran Bershka y Stradivarius, los cuales ceden los datos - condena penal - a Zara que ostenta la posición de un tercero como empresa distinta con autonomía propia y personalidad jurídica independiente de las otras dos, si bien formando parte del grupo mercantil Inditex S.A.

Y ello por cuanto como refleja el art. 4 del reglamento ya citado, define el «tratamiento» como: *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción*; Incluyendo dentro de tal concepto si duda la "utilización", que es lo que lleva a efecto Zara España S.A., al utilizar la sentencia dictada en el juzgado de Instrucción núm.. 3 de Vigo, de 25 de marzo en procedimiento sobre delito leve continuado de hurto, para despedir a la trabajadora.

Llegados a este punto, no ofreciendo duda la existencia de "cesión de datos", procede ahora analizar, si esa cesión, se ha hecho conforme a derecho, por tratarse de empresas del mismo grupo, y haberse respetado la normativa relativa a la protección de datos o si por el contrario como sostiene la recurrente, pese a la existencia de grupo mercantil, se trata de empresas independientes entre si y a pesar del hecho conforme de su pertenencia al grupo mercantil, esa cesión era imposible, sin el consentimiento de la trabajadora, a tenor de lo establecido en el art 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Y para ello debemos examinar la prueba obrante en autos, entre ella la documental obrante al documento número 4 de los aportados por la demandada que se denomina "POLITICA DE PRIVACIDAD DE EMPLEADOS", que la recurrente considera que es el manual de privacidad de Zara España S.A., no el de Bershka ni de Stradivarius, con quien dice, ninguna relación laboral tiene y no tienen ningún tipo de consentimiento para tratar -ceder los datos, en este caso- dichos datos. Considerando que estas dos empresas únicamente tienen dichos datos personales en virtud del procedimiento judicial, sin que exista ningún consentimiento por parte de la afectada para ello, ni ninguna norma legal o interés público que justifique dicho tratamiento ulterior, y por ello deben cumplir lo dispuesto y tratarlos conforme a normativa de protección de datos.

En primer lugar, cabe decir que solicitada la revisión de hechos probados, según las pretensiones de la recurrente la misma ha sido desestimada, y reiteradamente venimos poniendo de manifiesto que, como ya señalamos en sentencias de 14-10-1997, 24-4-2001 y 16-5-2001 entre otras, al no haberse logrado modificar la apreciación del Juzgado a quo, qué sirvió de antecedente a la base jurídica de la Sentencia recurrida, no podrá prosperar la revisión en derecho, habida cuenta la naturaleza extraordinaria del presente recurso. Cuando no se haya alterado el supuesto de hecho en que aquella sentencia se fundaba, dada la íntima conexión entre ambos presupuestos (factum y aplicación normativa),o dicho de otro modo "no puede infringirse la norma legal o pactada que parte de los supuestos distintos de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida" (S. de esta Sala de 22.2.94) y que " la subordinación de la censura jurídica al "factum" de la sentencia hace que inalterado éste, decaiga la infracción denunciada "(S-de28-5-96). ..."

De lo que se desprende que, examinado tal documento, no ha quedado desvirtuada la afirmación contenida en el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, de que se trata del "Manual de política de privacidad del GRUPO INDITEX".

Pero es que además se comprueba y así lo valoró el juzgador de instancia, que en el documento que contiene la política de privacidad de empleados del GRUPO INDITEX, citado, se identifica expresamente como responsables del tratamiento, a la empresa empleadora y a INDUSTRIAS DE DISEÑO TEXTIL, S.A., a la que se le comunicarán, entre otros datos, los datos identificativos y de detalle de empleo, entre otros de los empleados

Asimismo, entre las finalidades del tratamiento, se especifican expresamente, entre otras, "garantizar la seguridad, incluyendo los controles de acceso y videovigilancia, dispositivos y medios corporativos, así como la prevención del fraude", por un lado y "Controlar y supervisar el cumplimiento de la normativa interna del GRUPO INDITEX, así como gestionar el canal de denuncias." En cuanto a la legitimación del tratamiento, explica con detalle la política de privacidad, en relación con la correcta ejecución del contrato de trabajo, "la protección de los intereses vitales del empleado o de otra persona física; y el interés público, en prevenir delitos y procurar el cumplimiento de la normativa aplicable."



Asimismo, se informa a los empleados, que sus datos van a ser compartidos con "determinadas empresas del GRUPO INDITEX y, en particular, con la sociedad matriz del Grupo, esto es, INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. (INDITEX, S.A.), -salvo que sea la Empresa Empleadora, en cuyo caso actúa como Responsable del Tratamiento-, en la medida en que sea necesario para llevar a cabo los distintos Tratamientos Obligatorios, así como para la prestación de los servicios corporativos."

También se incluye como destinatarios de la información, a los prestadores de servicios de seguridad física.

Y en este sentido, la política de privacidad plasmada en el documento precitado, indica expresamente respecto de la legitimación que: El responsable del tratamiento está legitimado para tratar sus datos personales, en algunos casos, para la protección de los intereses vitales del empleado o de otra persona física, en base a la existencia de un interés público en prevenir y actuar frente a delitos e infracciones de la legislación aplicable y, en otros supuestos, en base al interés legítimo que el responsable tiene en preservar la seguridad de sus instalaciones y procesos industriales, así como de las personas y, en última instancia, de los bienes y servicios que ofrece al mercado.

Y en cuanto a los destinatarios de los datos indica que con el objeto de cumplir con la finalidades indicadas anteriormente, el responsable del tratamiento compartirá sus datos personales con el Departamento de Seguridad Corporativo de la sociedad matriz del GRUPO INDITEX, INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. (INDITEX, S.A.), así como con aquellas entidades del GRUPO INDITEX que en cada caso tengan un interés legítimo y dará acceso a sus datos personales a las empresas de seguridad privada que prestan apoyo al responsable como encargados del tratamiento."

A la vista de lo expuesto consideramos que se ha respetado la normativa de aplicación, en cuanto a la cesión de datos, cumpliendo debidamente con el requisito de información que exigen tanto el reglamento como la ley, no solo por parte del grupo Inditex, sino también por la empresa independientemente considerada, al quedar debidamente acreditada la finalidad para la que se dio esa cesión de datos, y el interés legítimo que existía, considerando con el juzgador de instancia, que la actuación se inició por conocimiento propio, no pudiendo desconocerse la existencia del grupo. Todo ello conforme, en especial, con el art. 14.5 a) del Reglamento (UE) de protección de datos, en relación con los apartados 1 a 4 de ese mismo art. 14.

Y si bien es cierto que, el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando esa actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa, con independencia de que las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse para el trabajador de ese acto ilícito le impidan posteriormente el oportuno cumplimiento de sus deberes laborales. No es lo mismo cuando el trabajador comete una ilegalidad fuera de su jornada de trabajo, y lo hace precisamente contra intereses de su propia empresa, (en este caso contra los intereses del Grupo Inditex) de manera voluntaria y deliberada, siendo plenamente consciente de que está causando un perjuicio a su empleadora. Aquí ya no se está ejercitando legítimamente un derecho, ni tampoco es el caso de una actuación ilícita que carezca de relevancia en el contrato de trabajo, sino que afecta a las obligaciones de buena fe que atañen a la persona trabajadora (art. 5.a ET). Y eso es justamente lo que aquí sucede cuando la trabajadora se apropia de bienes de la empresa, en este caso considerada en un sentido amplio como grupo mercantil.

Por lo tanto, el conocimiento de los datos por parte de Bershka y Stradivarius y su cesión al grupo, Inditex S.A, y la utilización que de tales datos se hace por Zara España S.A, con fines disciplinarios, no cabe duda de que se ampara en el interés legítimo que se recoge en el documento de política de privacidad, y del que se informó debidamente a la trabajadora, habiendo recogido el hecho probado cuarto, que la trabajadora tenía conocimiento, de tal tratamiento de datos.

Lo que a su vez ha de ponerse en relación asimismo con que el Código de Conducta y Prácticas Responsables del Grupo Inditex S.A, obrante al documento nº 5 folios 71 y siguientes, valorado igualmente por el juzgador de instancia y en cuyo punto 2. "Ámbito de aplicación", señala que es de aplicación a todas las sociedades que integran el grupo Inditex, y vincula a todo su personal, independientemente de la posición y función que desempeñen. Por lo que el perjuicio empresarial es evidente.

Se trata de un documento igualmente corporativo del GRUPO INDITEX, en el que no solamente compromete a la empresa a su observación, sino que se aplica a todos y cada uno de los trabajadores, colaboradores y directivos del GRUPO, exigiendo el RESPETO, LA TRANSPARENCIA, LA HONRADEZ y la RESPONSABILIDAD en el desarrollo de la funciones y en las relaciones con clientes y con la propia empresa. El referido documento, en el punto 4.10 (Uso de bienes y servicios de la empresa), establece que: "los empleados de INDITEX usarán eficientemente los bienes y servicios de la empresa y no harán uso de ellos en beneficio propio". De la misma forma, se aportó por la demandada, los documentos 7, 8 y 9 en los que se incluyen los paneles informativos de video vigilancia de las empresas de GRUPO INDITEX, de las que forman parte BERSHKA, STRADIVARIUS y



ZARA ESPAÑA, ésta última en la que prestaba sus servicios la recurrente, que recogen información sobre el tratamiento de datos personales, que se produzca en los establecimientos del GRUPO y con motivo de velar por la seguridad de bienes y personas.

SEXTO: Ahora bien, dado que la recurrente alega también con base en el artículo 193, apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de jurisprudencia, en concreto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (pleno), de fecha 30 de noviembre de 2000, número 292/2000, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos. Así como infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española y de la jurisprudencia de desarrollo, en particular de la sentencia 194/2022, del Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, de 8 de marzo de 2022, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, por vulneración del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, debemos pronunciarnos ahora sobre esas infracciones jurisprudenciales, antes de dar un solución sobre la posible vulneración de derecho fundamental.

La recurrente lleva a cabo en recurso, una interpretación de la referida sentencia diferente a la que realiza la resolución recurrida, la cual considera interpreta de modo incompleto y arbitrario, insistiendo en que existe una cesión ilegítima de datos, partiendo una vez más del planteamiento de que, la facultad correspondería en todo caso a la empresa empleadora, Zara España S.A., y en este caso quienes vulneran el derecho fundamental a la protección de datos, mediante una cesión ilegítima de datos, son Bershka y/o Stradivarius, que ningún derecho tienen a controlar la buena fe del trabajador porque ninguna relación laboral les une, por lo que ni siquiera así se podría oponer tal facultad, como límite al ejercicio de un derecho fundamental.

Y así planteado el motivo igualmente merece ser desestimado.

Contrariamente a lo considerado en recurso, entendemos que la interpretación efectuada por el juzgador de instancia resulta ajustada a derecho.

La resolución recurrida resolvió que, *"..... se puede comprobar que la empresa ha cumplido el cuerpo de doctrina reseñada en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 en relación con el control de este tipo de datos. Concluye esta sentencia, comparando su doctrina con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya citada que "la lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «Barbulescu», pone de manifiesto -entendemos- que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora (así, en los apartados 29, 30, 57, 99, 131 y 144). Y al efecto -resumimos- son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador. Como es de observar, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala (las ya citadas SSTs 26/09/07 -rcud 966/06 -; 08/03/11 -rcud 1826/10 -; y SG 06/10/11 -rco 4053/10 -) y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste [STC 170/2013], así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita [así, SSTC 96/2012, de 7/Mayo, FJ 10; 14/2003, de 28/Enero, FJ 9; y 89/2006, de 27/Marzo, FJ 3], pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto [5.b)]".*

Estos juicios proporcionados han sido escrupulosamente respetados en el caso de autos, porque la actuación empresarial se inició por conocimiento propio al ser un grupo, y se ha ponderado a los datos de la sentencia; existe protocolo previo de advertencia de control de datos, conocido por la demandante; y no existía otro medio menos invasivo para su intimidad. De manera que la causa de nulidad debe ser desestimada...."

La sentencias del TS, Social sección 1 del 08 de febrero de 2018 (ROJ: STS 594/2018 - ECLI:ES:TS:2018:594) Sentencia: 119/2018 Recurso: 1121/2015, respecto del juicio de proporcionalidad dice:

".....b).- «... "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]" [STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3] (FJ 5).



Y trasladando dicha doctrina al supuesto ahora contemplado consideramos que la medida restrictiva del derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, en cuanto que se trata de una medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto, y en la medida que el conocimiento de los datos es directo, como consecuencia de la dirección única que conlleva la existencia de grupo de empresas mercantil (juicio de idoneidad). Asimismo, no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito, con igual eficacia (juicio de necesidad); y resulta sin duda ponderada o equilibrada, en la medida en que supone una mínima injerencia respecto de la esfera privada de la trabajadora, pues se acomoda a los términos de protección de datos del grupo empresarial, que la trabajadora conocía, y es eficaz para salvaguardar y garantizar la seguridad, incluyendo los controles de acceso y videovigilancia, dispositivos y medios corporativos, así como la prevención del fraude en la empresa (juicio proporcionalidad en sentido estricto).

Sentado lo anterior la conclusión no puede ser otra que la de entender como así lo ha hecho la resolución recurrida, que no se ha producido la vulneración del derecho fundamental de protección de datos, y en consecuencia no procede la declaración de nulidad del despido. Ni la indemnización solicitada.

SEPTIMO: Y finalmente en cuanto a la solicitada declaración de improcedencia del despido, con alegación de infracción del art 54 y 58 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, do 23 de octubre.

Tal como se relata en el hecho probado segundo, la conducta de la trabajadora demandante consistió en que el día 1 de marzo de 2022 entró en los establecimientos de Bershka y Stradivarius donde cogió varias prendas con un PVP de 19,99 € y 45,97 €, respectivamente, le quitó las alarmas, y salió del establecimiento sin abonarlas, siendo sorprendida por el vigilante de seguridad.

Según el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

A estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, de incumplimiento contractual grave y culpable. Además, debe ser un acto u omisión culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 (RJ 1980\2043), «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culposa». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero (RJ 1987\129) y 27 de febrero de 1987 (RJ 1987\1133) y 22 de febrero (RJ 1988\748) y 31 de octubre de 1988 (RJ 1988\8189).

En definitiva, es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero (RJ 1986\312) y 22 de mayo de 1986 (RJ 1986\2609), y 26 de enero de 1987-. Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 [RJ 1979\2075] y 30 de enero de 1981 [RJ 1981\570]).

A estos efectos conviene traer a colación lo que dispone la sentencia **STS 3592/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3592 . Sala de lo Social Sección: 1, n.º de Recurso: 2397/2015. nº de Resolución: 699/2017. De fecha 21/09/2017.** En la que se dice:

*2.- El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. letra a) ET , impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación - y reitera el art. 20.2º ET al disponer que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a la exigencias de la buena fe-, es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que pueden ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario. Ninguna duda cabe que el trabajador ha de cumplir escrupulosamente con ese deber en el lugar y horario de trabajo. Es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza enormemente, **cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo, sino que está en la esfera privada de su vida personal que tiene derecho a disfrutar de manera totalmente ajena a los intereses de su empresa. Pero esto no quiere decir que durante ese periodo disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en***



perjuicio de la empresa, y que de haber sido efectuadas en horario de trabajo serían objeto de sanción. Baste reparar en la posibilidad de que dispone el empresario para sancionar determinadas actuaciones del trabajador fuera de su horario y lugar de trabajo, cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, o incurre en comportamientos de competencia desleal, o incluso de otras expresamente tipificadas en el art 54. 2 ET , como son las ofensas verbales o físicas a los familiares que convivan con el empresario o con cualquiera de las personas que trabajan en la empresa, que, en buena lógica, se producirán habitualmente fuera del lugar y horario de trabajo. Cabría preguntarse cuál es la razón de que puedan ser sancionadas este tipo de actuaciones. Y la respuesta no es otra que la de considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral, en cuanto redundan, directa o indirectamente, en perjuicio de la empresa, siquiera sea por la vía de enturbiar el buen ambiente de trabajo que pudieren generar entre los propios trabajadores actitudes como las atinentes a esos casos de ofensas verbales y físicas a los familiares de trabajadores y empresarios. Queda con ello patente que el trabajador que se encuentra fuera del lugar y horario de trabajo puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral..."

"..... 4.- Bajo esos principios debemos resolver la cuestión objeto del presente asunto, que no es otra que la de dilucidar si la empresa que es titular de una cadena de supermercados puede sancionar disciplinariamente a una de sus trabajadoras que ha sido sorprendida fuera de la jornada laboral hurtando productos en otro establecimiento de la misma empresa. Lo que merece una respuesta afirmativa, porque en esa situación no se está ocasionando un perjuicio al empresario con ocasión del legítimo ejercicio de un derecho, sino mediante la comisión de un acto ilícito que puede revestir incluso características de infracción penal. Afirmamos en este punto, que el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando esa actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa, con independencia de que las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse para el trabajador de ese acto ilícito le impidan posteriormente el oportuno cumplimiento de sus deberes laborales. **Pero no es lo mismo cuando el trabajador comete una ilegalidad fuera de su jornada de trabajo, y lo hace precisamente contra intereses de su propia empresa, de manera voluntaria y deliberada, siendo plenamente consciente de que está causando un perjuicio a su empleadora. Aquí ya no se está ejercitando legítimamente un derecho, ni tampoco es el caso de una actuación ilícita que carezca de relevancia en el contrato de trabajo.** Y eso es justamente lo que así sucede cuando el trabajador se apropia de bienes de la empresa en un supermercado de la misma que es distinto a su centro de trabajo. No es solo que con ello cause un perjuicio económico directo a la empresa, sino que compromete además la situación personal de los trabajadores que prestan servicio en el establecimiento en el que estaba hurtando los productos, al ponerlos en el compromiso personal de verse obligados a enfrentarse a una compañera de su misma empresa."

"..... Con todo, y al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera-reponedora en otro de sus establecimientos. No parece razonable que el empleador carezca de la posibilidad de aplicar algún tipo de sanción a la trabajadora que con esos antecedentes volvería a desempeñar esas funciones en su puesto de trabajo, pese a conocer que ya se ha apropiado de productos como los que están a la venta en el supermercado en el que presta servicios. Desde esta perspectiva, resulta de aplicación el mismo razonamiento que ofrece de ordinario la doctrina jurisprudencial, para argumentar que la pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico, cuando idéntica actuación se produce fuera de su horario y lugar de trabajo, pero en otro establecimiento de su misma empresa. Y por escasa complejidad que tenga en apariencia la realización de un acto como el de apropiarse de los productos colocados en unas estanterías con la intención de no hacer pago de los mismos, no es descartable que la trabajadora pretendiere utilizar los conocimientos que tiene sobre las interioridades en el funcionamiento del establecimiento, de las prácticas habituales y mecanismos de cobro que se aplican en su empresa, para intentar pasar desapercibida con mayores posibilidades de éxito a la hora de abonar el importe de la compra en la línea de cajas, y por ese motivo hubiere elegido precisamente un local de la empresa para la que presta servicios, que no el de otra cualquiera cadena de supermercados diferente. Eso queda en su fuero interno, pero el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una evidente vinculación con el trabajo de tal reprochable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta...."

Y asimismo como también señala la resolución recurrida, ya resolvimos también en otro supuesto que afectaba a una de las empresas del grupo Inditex S.A, STRADIVARIUS ESPAÑA SA, en **STSJ, Social sección 1 del 25**



de febrero de 2019 (ROJ: STSJ GAL 889/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:889) Recurso: 3993/2018 podemos precisar que, en el supuesto actual como en el anteriormente resuelto:

"..... no se le está imputando a la actora la comisión de una falta de hurto o de tentativa de hurto, sino que se le impone a la actora una sanción por transgresión de la buena fe contractual, fraude y quiebra de la confianza que la empresa tenía depositada en la actora, como a tal efecto se constata en la carta de despido,...."

Y ello por cuanto en el supuesto de autos al igual que el que resolvimos anteriormente, la trabajadora entró en los establecimientos de Bershka y Stradivarius donde cogió varias prendas con un PVP de 19,99 € y 45,97 €, respectivamente, le quitó las alarmas, y salió del establecimiento sin abonarlas, siendo sorprendida por el vigilante de seguridad, y efectivamente en razón de su cargo conoce los medios utilizados para llevar a cabo los hechos descritos en la carta de despido, siendo como señala el Supremo que no es descartable que la trabajadora pretendiere utilizar los conocimientos que tiene sobre las interioridades en el funcionamiento del establecimiento, para quitar las alarmas, lo que sin duda como ya resolvimos, a juicio de esta sala es constitutivo de la sanción por transgresión de la buena fe contractual, por cuanto que constituye siempre una conducta desleal para con la empresa y una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, constitutivas de la eliminación voluntaria de los valores éticos que debe inspirar la recíproca relación entre empresa y trabajador (art. 5.e ET), entendiéndose cometida la falta aunque no se acredite la existencia de lucro personal ni haber causado daño a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo sustraído o defraudado pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, siendo los daños y perjuicios causados uno de los elementos a tener en cuenta para valorar la gravedad de la falta, pero no el único, pudiendo ponderarse otros como la situación objetiva del riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza, o el efecto pernicioso para la organización productiva (sentencias de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2689) y 26 de enero de 1987 (RJ 1987, 130)). Por otra parte el abuso de confianza se conceptúa como una "modalidad cualificada de la transgresión de dicha buena fe contractual, de un mal uso o uso desviado por parte del trabajador, de las facultades que se le confiaron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa", debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5127)) sin que en la materia de pérdida de confianza pueda establecerse graduación alguna (sentencia de 29 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5886) y 16 de julio de 1982 (RJ 1982, 4633)). Pues el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una evidente vinculación con el trabajo de tal reprobable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta.

Al haberlo apreciado así, el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha veintiséis de julio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm.2 de Vigo, en autos 342/2022, confirmamos la sentencia recurrida.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para su cumplimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el



campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ