



Roj: **STSJ GAL 6445/2008 - ECLI: ES:TSJGAL:2008:6445**

Id Cendoj: **15030340012008103578**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2008**

Nº de Recurso: **4148/2008**

Nº de Resolución: **4156/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO SUPPLICACION 0004148 /2008-PM

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ

MARIA ANTONIA REY EIBE

ISABEL OLMOS PARES

A CORUÑA, seis de noviembre de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación número 0004148 /2008 interpuesto por Edurne contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de VIGO siendo Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dña. ISABEL OLMOS PARES.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Edurne en reclamación de DESPIDO DISCIPLINARIO siendo demandado VIAJES 80 DIAS SL, Juan Ramón , y la intervención del MINISTERIO FISCAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000387 /2008 sentencia con fecha seis de Junio de dos mil ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- La actora, D<sup>a</sup> Edurne , mayor de edad, con D.N.I. núm. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa VIAJES 80 DIAS S.L., desde el 1.06.2006./ La actora es diplomada en turismo. D. Juan Ramón , administrador de la mercantil, utilizó el título de D<sup>a</sup>. Edurne , con el consentimiento de ésta, para obtener la correspondiente licencia. / Empleador y demandante suscribieron un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, en el que consta la categoría de auxiliar administrativo./ Percibía una retribución mensual de 1.156,03 €./ La demandante realizaba las funciones de directora de sucursal. La retribución que corresponde a tal categoría, según convenio, asciende a 1.645,84 €./ SEGUNDO.- En fecha 24.03.08, el empleador entregó a la trabajadora carta de despido, que obra en autos en los folios 6 y 7 y que se da íntegramente por reproducida./ TERCERO.- La demandante tenía asignada una dirección de correo electrónico personal, y pleno acceso a Internet./ Debido a fallos informáticos, el empresario realiza un informe de anomalías encontradas en el servidor./ CUARTO.- D<sup>a</sup>. Edurne ha utilizado la conexión ha Internet para chatear con personas ajenas a la empresa./ Los días 5 y 6 de marzo de 2008 e ha conectado a las siguientes paginas web: telecinco, 40



principales, antena tres, formula 1, antena tres series./ Ha utilizado el sistema informático de la empresa para organizar la despedida de soltera de su hermana./ El día 24 de marzo de 2008, D.<sup>a</sup> Edurne cambia una reserva del viaje de novios de su hermana a la agencia BARCELO PONTEAREAS./ QUINTO.- La actora no es ni ha sido en el último año representante de los trabajadores./ SEXTO.- Presentada papeleta de conciliación el 4.04.08, la misma se celebra el 22.02.08 con el resultado de sin efecto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando la demanda por despido, interpuesta por D.<sup>a</sup> Edurne, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos esgrimidos en su contra.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de despido interpuesta por la actora, interpone recurso su representación letrada, construyendo su recurso en base a tres motivos: el primero de los motivos de suplicación lo es al amparo del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral en el que pretende la revisión de los hechos declarados probados tercero, cuarto y la adición de uno nuevo que sería el quinto y en los dos siguientes motivos, con amparo en el art. 191 c) de la LPL se denuncia la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia. Dicho recurso ha sido impugnado por la representación letrada de la empresa demandada VIAJES 80 DÍAS S.L.

SEGUNDO.- Como adelantábamos, en el primer motivo de su recurso, la trabajadora pretende en primer lugar la revisión fáctica de la sentencia que se concreta del siguiente modo:

A) Revisión del hecho declarado probado tercero proponiendo la siguiente redacción alternativa: "La demandante tiene una cuenta de correo electrónico personal ( DIRECCION000 ), a la que podía acceder por Internet, a través de los ordenadores de la empresa.

En fecha 17 de marzo de 2008, personal de la empresa Silver Copy S.L. contratada por la empresa demandada, proceden a la extracción de datos del disco duro, formateando e instalando softwares y datos. En fecha de 18 de marzo de 2008 emiten factura por importe de 52,20 euros.

El día 24 de marzo de 2008, don Juan Ramón realiza un informe de anomalías encontradas en el PC-servidor".

Ampara la anterior revisión los folios 96 a 111 que se corresponde con el Informe de anomalías aportado por la empresa de los que se desprende, dice la recurrente, que la dirección de correo de la empresa es 80dias@over.es así como en el folio 95 (factura de la empresa que reparó el ordenador) de la que no se acredita que los trabajos de la empresa Silver Copy S.L. fueran debidos a fallos informáticos como señala la juez de instancia en fundamentos pero con indudable valor fáctico.

Que la revisión pretendida no puede prosperar por las siguientes consideraciones: 1) La juez declara probado en el HP 3º que la trabajadora tenía asignada una dirección de correo electrónico personal, y parte de ese dato o hecho cierto para calificar su conducta. Y lo que pretende ahora la trabajadora con su revisión es afirmar que dicha dirección de correo no estaba asignada por la empresa sino que era personal, pero dicha afirmación (de que era personal) encierra una revisión negativa, esto es, suprimir lo afirmado (tenía asignada una dirección de correo) lo que no resulta directamente de los documentos citados sino de la deducción y por ello valoración interesada de la parte de que, existiendo una dirección de correo a nombre de la empresa, la otra, con el nombre de la trabajadora, era personal y no asignada por la empleadora; 2) No comete pues error, la juzgadora, a la hora de redactar el HP3º en relación a este punto; 3) en relación a la intervención de la empresa de informática Silver Copy S.L., lo que se pretende con la revisión del HP 3º es en realidad suprimir la expresión recogida en el mismo por la juez de instancia respecto de que "Debido a fallos informáticos..." y dicha conclusión fáctica la ha recogido la juez de instancia en virtud del interrogatorio del demandado según consta claramente en el acto del juicio oral y dicho medio de prueba no puede ser utilizado para revisar los hechos probados (tampoco se pretende) y de los documentos que amparan la citada revisión/supresión no se detecta error en la juzgadora al afirmar que la empresa de informática fue llamada por una avería o fallo informático. En realidad no existe una real contradicción entre el relato judicial y el relato que se presenta como alternativo en este punto y lo que subyace en dicha redacción alternativa es la pretensión de eliminar del relato judicial un dato fáctico y de acuerdo con el reiterado criterio de esta Sala, no es acogible una revisión fáctica cuya pretensión es eliminar un hecho declarado probado al socaire de la introducción de otro hecho no contradictorio con el pretendido eliminar, en cuanto se estaría habilitando una vía para las llamadas revisiones fácticas negativas al margen de



lo establecido en la letra b) del art. 191 de la LPL . 3) El resto de elementos que se introducen en el referido HP 3º no tienen trascendencia para la cuestión litigiosa.

B) Revisión del hecho probado cuarto cuyo tenor literal sería el siguiente: "Doña Edurne ha utilizado la conexión a Internet para chatear con personas ajenas a la empresa desde su dirección de correo electrónico DIRECCION000 .

Ha utilizado el sistema informático de la empresa para organizar la despedida de soltera de su hermana, la cual había contratado los servicios de la empresa Viajes 80 días S.L.

El 24 de marzo de 2008, doña Edurne cambia una reserva de viaje de novios de su hermana doña Paloma a la agencia BARCELÓ PONTEAREAS a petición de ésta última".

Sustenta la anterior modificación el Informe de anomalías ya citado y el interrogatorio del demandado. Que éste último no es medio de prueba hábil para proceder a la rectificación o revisión del hecho probado en cuestión y por ello deben ser rechazadas de plano todas las modificaciones amparadas en dicho medio de prueba. En cuanto al resto, lo cierto es que, del mismo modo que sucede en la revisión antes instada, la redacción que ahora se propone del hecho probado cuarto no aporta ningún elemento relevante al hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, tal y como ha sido redactado por la juez de instancia y lo que es más importante, no se detecta error en la juez de instancia a la hora de su redacción, de conformidad con lo previsto en los artículos 97.2 y siguientes de la LPL , en relación con el artículo 348 de la supletoria LECiv , que justifiquen la modificación que se interesa. Es a la juzgadora de instancia a quien corresponde valorar la prueba practicada para formar su convicción, con apreciación en sana crítica de todos los elementos probatorios. Y si llegó a una resolución fáctica, ésta debe prevalecer como norma general, sobre cualquier interpretación subjetiva o interesada, por lo que debe respetarse la establecida por el Juez «a quo», a no ser que se demuestre palmariamente el error en que éste hubiese podido incurrir en su elección y que se acredite en todo caso que el error judicial se produjo de modo irrefutable y manifiesto. Por último pretende suprimir determinados extremos (conexiones a Telecinco, Cuarenta Principales, Antena tres...) con la simple afirmación de que tales hechos nada tienen que ver con el despido, lo que tampoco vale para su supresión al no sustentarse, en fin, en medio de prueba hábil, documental o pericial.

C) Se pretende añadir al relato fáctico un nuevo hecho probado que sería el quinto que diría lo que sigue: "No consta que la empresa ni su administrador hubieran informado a la trabajadora, con anterioridad al despido, de la aplicación de unas reglas de uso de los ordenadores de la empresa así como la aplicación de controles y medidas para garantizar la efectiva utilización laboral y la exclusión de usos privados de los mismos."

Dicha adición no puede admitirse, se trata de un hecho negativo que como tal no puede acceder al relato fáctico; no se ampara en medio de prueba alguno sino en una valoración subjetiva e interesada de la parte que además predetermina el fallo y esta Sala viene afirmando de forma reiterada que son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que 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.

TERCERO.- Por lo que se refiere al primer motivo de censura jurídica de la sentencia recurrida, el mismo alega la infracción por no aplicación, aplicación indebida o interpretación incorrecta del artículo 18 , 20 3º del E.T ., el art. 18 de la C.E ., art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos así como la conocida sentencia de la Sala Cuarta de 26-9-2007 y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 y 3 de abril de 2007 .

Se alega, en síntesis, en dicho motivo que la actuación de la empresa ha supuesto una vulneración flagrante del derecho a la intimidad de la actora sin que mediara nunca la previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador.

Recientemente el T.S. en sentencia muy difundida de fecha 26 de septiembre de 2007 (recurso nº 6128/07 ) ha analizado el derecho de la intimidad del trabajador en relación al control empresarial por parte del empleador. En lo que aquí interesa, dicha sentencia alega el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en donde se establece que toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia que no esté prevista en la ley y que no se justifique por razones de seguridad, bienestar económico, defensa del orden, prevención de las infracciones penales, protección de la salud, de la moral o de los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, el T.S. acude a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en relación al derecho a la intimidad previsto en el art. 18 de la CE , manifestando que según la doctrina del Tribunal Constitucional, ese derecho



supone "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que "es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad" ( SSTC 142/1993 , 98/2000 y 186/2000 ). De ahí que determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, porque aunque no se trata de un derecho absoluto y puede ceder, por tanto, ante "intereses constitucionalmente relevantes", para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y sean también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho. En definitiva, de lo que se trata es de valorar los llamados elementos de motivación o causa, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en su obtención para llegar a un juicio de constitucionalidad de la medida que se tacha de vulneradora de derechos fundamentales, en este caso de la intimidad, honor y propia imagen.

En la referida sentencia de 26 de septiembre de 2007, el T.S . llega a la conclusión de que el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores .

En segundo lugar llega a las siguientes matizaciones en relación a la anterior afirmación o conclusión: La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio art. 20 del E.T . remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde «en su adopción y aplicación la consideración debida» a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos a los que ya se ha hecho referencia al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional 98 y 186/2000 . En este punto señala el T.S. que es necesario recordar "la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997\37) (caso Halford ) y 3 de abril de 2007 (TEDH 2007\23) (caso Copland ) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos " .

La segunda precisión o matización se refiere al alcance de la protección de la intimidad, que es compatible, con el control lícito al que se ha hecho referencia. Se dice que "Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la «navegación» en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa. Así lo establece la sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos «la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet» y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.). Tampoco es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso. Este dato -unido a la localización del ordenador en un despacho sin llave- no supone por sí mismo una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador, aunque ello suscite otros problema en los que en este recurso no cabe entrar sobre la dificultad de la atribución de la autoría al demandante.



Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, el motivo debe ser estimado, y ello por la mismas razones que en el caso concreto enjuiciado por la referida sentencia del T.S., con el que guarda, el presente, una inusual identidad, esto es, que la empresa no podía recoger la información obrante en el ordenador de la actora incluidos aquellos archivos que contenían el acceso de la actora a Internet desde su correo personal y otros y así utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. Esa actuación en el presente caso ha supuesto una vulneración de su derecho a la intimidad pues, la medida adoptada por la empresa, sin que conste previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad. Lo cierto es que la sentencia declara probado que la misma tenía pleno acceso a Internet así como que la misma desempeñaba las funciones de Directora de la sucursal de modo que, cabe afirmar que tenía una plena disposición del uso de su ordenador incluido el uso social o personal del que habla la sentencia en cuestión, uso que lógicamente debe entenderse como moderado. Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial a través de la empresa encargada de reparar la avería o fallo no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, «se siguió con el examen del ordenador» para entrar y apoderarse de su contenido, incluidos los correos y navegación de Internet de la actora cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada. No podemos olvidar, además, que el Informe de las anomalías detectadas lo suscribe el administrador de la empresa demandada y no la empresa o el técnico que procedió a la reparación del mismo. De esta forma, no cabe entender que estemos ante lo que en el ámbito penal se califica como un «hallazgo casual» ( sentencias de 20 de septiembre , 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 ), pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba.

Cabe añadir, que cuando el empresario ejerce su poder fiscalizador sobre la actividad del trabajador y no se puede separar trabajo y persona es necesario en primer lugar la presencia de una causa que justifique aquella fiscalización de la esfera privada del trabajador. La ausencia de causa impide entrar a analizar cualquier juicio de proporcionalidad. Aquí la medida carece de causa, pues más allá de la avería o fallo del ordenador que sólo justificaba su reparación, no existe otra que pudiera justificar el acceso a la información guardada en dicho ordenador, pues, aún cuando la carta de despido (folio 6) impute el hecho de que la actora haya cometido actos de competencia desleal para con su empresa empleadora, lo que pudiera haber justificado el control efectuado, dichos actos de competencia desleal no han pasado de ser meras manifestaciones de parte efectuadas en la carta de despido y que, por ello, no puede constituir causa que legitime el control efectuado por la empresa y proceder así a efectuar el resto de los controles de constitucionalidad de la medida, con la consiguiente vulneración de sus derechos fundamentales de intimidad y secreto de las comunicaciones.

CUARTO.- En el siguiente motivo del recurso de la trabajadora se alega la infracción por no aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea del art. 54 1º y 2º y art. 55 5º del E.T., arts. 108 2º, 108 3º y 113 de la L.P.L., art. 6 3º y 4º del Código Civil, art. 7 1º del Código Civil, art. 74 de la L.P.L., Art. 27 1, 3 y 6 de la L.E.C. y arts. 1249, 1253, 1265, 1266 y 1282 del Código Civil y la jurisprudencia que la propia sentencia cita así como el art. 24 de la CE y las sentencias de T.S.J. de Galicia de 5 de julio de 2005 y de Cantabria de 30 de julio de 2004.

En efecto, lo expuesto en el anterior fundamento determina que la prueba en la que se ha basado, en parte, la empresa para despedir a la trabajadora es nula por haber vulnerado dichos derechos fundamentales de la intimidad y secreto de las comunicaciones de modo que los hechos declarados probados en base a la misma deben ser tenidos como no acreditados (punto 1 y 2 de la carta de despido-folio 6). Que con respecto al punto 3 de la carta, ningún hecho declarado probado lo avala y no habiendo, tampoco, pretendido la empresa, introducir dato alguno al respecto, no puede ser el mismo valorado por ausencia de todo sustrato fáctico, quedando pues reducido el despido y su calificación, exclusivamente, en el hecho imputado relativo al cambio o anulación de la reserva efectuada por la actora el día 24 de marzo de 2008.

Sobre este hecho imputado en la carta de despido, la juez declara probado que la actora procedió al cambio de la reserva del viaje de novios de su hermana a la agencia Barceló Pontareas, pero éste hecho, coincide en su fecha con la fecha de la carta de despido y con la propia fecha de efectos del despido, de modo que es fácil concluir que ante la decisión extintiva de la empresa, la actora decida trasladar dicha reserva a otra agencia teniendo en cuenta que siendo la actora la que realizaba las funciones de Directora de la Oficina, su despido le iba impedir gestionar dicho servicio y reserva amén de que, ese cambio de reserva implica el consentimiento del cliente (hermana de la actora) para proceder al mismo. Es por lo tanto, una mera consecuencia del acto extintivo, y por ello mismo no puede estar incluido en el mismo.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto cabe concluir que la empresa no ha acreditado los hechos constitutivos de su decisión extintiva, lo que no debe llevar a otra consecuencia que a su calificación como improcedente de conformidad al art. 55 4º del Estatuto de los Trabajadores y con las consecuencias jurídicas del art. 56 del mismo Texto Legal, esto es, la condena de la empresa demandada a readmitir o, a su opción, a extinguir el contrato con abono de la indemnización legalmente establecida y en todo caso, con abono de



los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara dicho despido como improcedente.

A tal efecto se tendrá en cuenta la antigüedad de 1 de junio de 2006 y el salario correspondiente a las funciones realmente desempeñadas de directora de sucursal, y no al salario que venía percibiendo correspondiente a una categoría inferior cuyas funciones no realizó, lo que supone un salario mensual de 1.645,84 euros y un salario diario de 54,86 euros.

QUINTO.- No cabe calificar el despido como nulo por cuanto la nulidad de la prueba obtenida por la empresa vulnerando los derechos fundamentales de la actora no conlleva la del acto extintivo. Debe distinguirse lo que es la nulidad de la prueba obtenida, de conformidad a lo dispuesto en el art. 90 de la L.P.L. y en el art. 287 de la L.E.C., y por lo tanto en las normas adjetivas, de la nulidad del despido fundada en normas de derecho material, en este caso, el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores. En este último caso, es el propio acto extintivo el que vulnera derechos fundamentales, tal sucede en el caso de que un trabajador sea despedido por el contenido de sus expresiones proferidas (Vulneración del derecho fundamental de la libertad de expresión) o en todos los supuestos de despidos discriminatorios (por razón de embarazo, por el ejercicio de la tutela judicial efectiva-garantía de indemnidad etc.) en los que la verdadera razón del despido es la causa de la discriminación.

Por todo lo que queda escrito procede, previa estimación parcial del recurso, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esa resolución. En consecuencia,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por doña Edurne, contra la sentencia de fecha seis de junio del año dos mil ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo en proceso por despido promovido por la recurrente frente a la empresa VIAJES 80 DÍAS S.L. debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y estimando parcialmente la demanda rectora de autos declaramos el despido improcedente condenando a la empresa a que readmita a la trabajadora en las mismas condiciones laborales que regían en el momento del despido o, a su opción, a que extinga la relación laboral con abono de una indemnización de 4.475,79 euros y en todo caso con los salarios de trámite desde la fecha del despido (24-3-2008) y hasta la notificación de la presente Sentencia a razón de un salario diario de 54,86 euros.

Dicha opción deberá ejercitarla la empresa en el plazo de 5 días a partir de la notificación de la presente resolución, sin esperar a su firmeza, entendiéndose, si no opta expresamente por la readmisión o por la extinción, que procede la primera.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.