



Roj: **STSJ M 8132/2005 - ECLI: ES:TSJM:2005:8132**

Id Cendoj: **28079340022005100545**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/07/2005**

Nº de Recurso: **1621/2005**

Nº de Resolución: **602/2005**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0001621/2005

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00602/2005

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2005 0008140, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001621 /2005

Materia: DERECHOS FUNDAMENTALES

Recurrente/s: REAL COLEGIO ALFONSO XII

Recurrido/s: Evaristo

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 12 de MADRID de DEMANDA 0000791

/2004 DEMANDA 0000791 /2004

Sentencia número: 602/05-M

Ilma. Sra. DOÑA M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

PRESIDENTA

Ilma. Sra. DOÑA M. LUZ GARCÍA DE PAREDES

Ilmo. Sr. DON MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a cinco de julio de dos mil cinco, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Srs. citados

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº:

En el recurso de suplicación número 1.621/05 interpuesto por REAL COLEGIO ALFONSO XII, frente a la sentencia número 441/04, dictada por el Juzgado de lo Social número Doce de los de Madrid, el día 22 de noviembre de 2.004, en los autos número 791/04 , siendo ponente la Ilma. Sra. Doña M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN.

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por DON Evaristo , por despido, contra REAL COLEGIO ALFONSO XII, y en su día se dictó la sentencia que ahora se recurre, aclarada por auto de fecha 3 de diciembre de 2.004 , que en su parte dispositiva dice:

"Estimo la demanda del actor Evaristo y declaro que la empresa demandada, ha vulnerado el derecho fundamental a la garantía a la indemnidad y el derecho fundamental a la libertad de expresión del demandante, y por ello, declaro nulo el despido de dicho trabajador, con fecha 30.6.2004. En consecuencia condeno a la demandada, REAL COLEGIO ALFONSO XII, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y la readmisión inmediata del actor, a su puesto de trabajo en las mismas condiciones anteriores al despido, así como al cese inmediato de ese comportamiento empresarial, con los efectos siguientes:

Emitir una publicación dirigida a padres, alumnos y profesores, en el que se contenga el fallo de esta sentencia. (equivalente al anuario que dirigido a esos mismos colectivos se publica por el centro).

A publicar en el tablón de anuncios del colegio, el fallo de esta sentencia.

A indemnizar al demandante las siguientes cantidades:

Por daños morales, 23.000 euros.

Por perjuicios 161.170 euros

Por gastos ocasionados 7.190 euros.

En total, la empresa demandada abonará al actor la cantidad de 191.860 euros, por los conceptos indemnizatorios, además de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la total reincorporación del actor, dichos salarios quedan fijados en 1.917,50 euros mensuales brutos con inclusión de ppe, debiendo hacer frente, dicha demandada, a las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social."

SEGUNDO.- En dicha resolución se declaran probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- EL actor, Evaristo , con DNI n° NUM000 , venía prestando sus servicios para la demandada, REAL COLEGIO ALFONSO XII, (Colegio Menor) en San Lorenzo de El Escorial, de la Orden de San Agustín, Padres Agustinos, con antigüedad de 17/10/1990, con grupo profesional 1, y desempeñando el puesto de Médico del Colegio y del internado del mismo, con salario de 947;24 euros mensuales, por catorce pagas, más salario en especie que asciende a 9.510 -euros anuales; por el concepto de la enseñanza gratuita de los tres hijos menores del actor, que corresponde a 3.220 euros anuales por el primero de su hijos, a 3.140 euros anuales por el segundo y 3.100 euros anuales por el tercero respectivamente, lo que hace un total de 23.010 euros anuales.

SEGUNDO.- El actor, interesó a la Dirección del Colegio, que para el curso 2003/2004, fuera reconocido como personal del grupo docente, en virtud de la aplicación del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenidas Total o Parcialmente con Fondos Públicos, (BOE 17/10/2000) que en su Anexo III dispone que en los Centros Residenciales entre los que se encuentran los Colegios Menores, (como el demandado) quedan integrados en el Grupo 1 todo el personal docente entre los que se incluye a los Médicos de dichos centros.

El actor no fue incluido en la Programación General del Curso 2003/2004, dicho demandante, fue incluido en el grupo del Personal Administrativo y de Servicios (página 33 de dicha programación.

En la página 23 de la citada programación se encuentra la relación del Claustro de Profesores, entre los que no se encuentra el actor.

El actor no ha sido convocado a ningún claustro de profesores, habiéndolo solicitado, y no dispone de llave de la sala de profesores.

TERCERO.- El actor presentó carta ante la Dirección reclamando la revisión de su nómina el 3/6/2003 conforme a la revisión salarial que en el Convenio se acordaba, para el Grupo de Personal Docente.

CUARTO.- El actor atendía como pacientes, a los alumnos, al profesorado, y a los religiosos de la Comunidad, tanto en el Monasterio como en el Colegio, y también a familiares de dichos profesores y religiosos, a cualquier hora del día y en festivos y en vacaciones.

El actor, es antiguo alumno del colegio.

QUINTO.- El actor se opuso a la propuesta del Director, Rafael , para la realización de detección de cannabis en orina a los alumnos de secundaria y de bachillerato, sin el consentimiento de los padres. Dichas pruebas no se realizaron.



SEXTO.- Uno de los hijos del actor, Oscar de 12 años de edad, venía teniendo un rendimiento escolar medio-alto en todas las asignaturas y en el primer trimestre del Curso 2003/2004, tuvo un bajo rendimiento en Matemáticas, mostrando una gran ansiedad y con consecuencias psíquicas y físicas causa de las mismas era la relación con el Profesor de Matemáticas.

EL niño fue atendido en el Hospital de Alcorcón el 10/3/04, con una "Epistaxis recidivante por ambas fosas nasales, de hace meses, siendo el juicio diagnóstico de Epistaxis idiopática.

SEPTIMO.- El hijo del actor, ha tenido que ser tratado psicológicamente, por la Psicopedagoga, Sofía .

El niño presenta en el curso 2003/2004, dificultades escolares siempre con el mismo profesor de matemáticas, que muestra una actitud de enfrentamiento y rechazo encubierto hacia el niño y tensión personal y desacuerdo con el padre (el actor), con el resto de las asignaturas el niño no tiene problemas.

A fecha de mayo/04, los rasgos de personalidad del niño manifiestan una estructura y dinámica de buen funcionamiento, pero con episodios no controlados de angustia y bloqueo.

Se le efectuaron al niño varias sesiones de tipo terapéutico con doble enfoque, cognitivo o psicodinámico, con conductas de bloqueo y de evitación hacia el entorno escolar y su temor al profesor que emitió las variadas agresiones verbales, y como medida inmediata, se recomienda el apartar al niño de la situación de tensión y desventaja escolar, que incide negativamente en su desarrollo cognitivo, social y personal.

OCTAVO.- El presupuesto de la Psicóloga asciende a 7.190 euros.

NOVENO.- El actor, con fecha 1/4/03, remite un FAX a la Dirección del Colegio, con copia de informe de Vida Laboral, en el que aparece como dado de alta en el colegio el día 17/10/90 y con baja el 28/11/98, y vuelto a dar de alta el 29/11/98, interesando la explicación a dicho día de baja en Seguridad Social, sin obtener respuesta.

DECIMO.- EL actor y su esposa, con fecha 25/3/04, remitieron una carta dirigida al Jefe de Estudios y al Director planteando la situación que afecta a su hijo y cuyo texto está aportado con la prueba documental de la parte actora como documento 10, que se tiene por reproducido y del que se destaca entre otras cosas lo siguiente:

"...Los asuntos que le-vamos -a describir han sido comunicados al tutor de nuestro hijo hace 4 mesesen ningún momento queremos comentar las notas esa no es nuestra protesta, si no que va encaminada al estado de ánimo y conducta de adultos contra un menor..... Durante el primer semestre del curso 2003/2004 nuestro hijo nos transmitió su desazón y angustia en las clases de matemáticas, sólo y únicamente en dichas clases Nadie,ni elprofesor, ni el tutor,ni el jefe de estudios, ni el director, ni el equipo clínico del colegio, nos transmitió absolutamente nada El profesor de matemáticas escribe una nota en la cual refiere que la presentación de los trabajos es desordenada y mala: Su madre solicita tutoría urgente el tutor afirma esto debe ser un error..... si el padre de Oscar tiene todo el derecho a defenderse como corresponda, respecto a su hijo Oscar actuaremos de una forma absolutamente inequívoca y con todas las consecuencias.

No podemos ni hemos podido realizar otro tipo de protesta puesto que en el Colegio no existe Asociación de Padres de Alumnos. Oscar tuvo que ser atendido médicamente por un cuadro de ansiedad y llanto (lo cual no vamos a tolerar) Por supuesto llegaremos hasta el final de todos los temas....."

UNDECIMO.- Con fecha 11/5/04, el Director en contestación a la carta anterior dirigida por el actor y su esposa, remite carta al actor que se tiene también por reproducida (consta como documento 12 de la parte actora) y de la que se destacael siguiente texto:

"....Dicho documento ha sido minuciosamente examinado por todos los miembros del Consejo de Dirección. Ninguno de los miembros...:entiende que sea justificada protesta alguna por proyectar sobre su hijo ningún tipo de trato que le diferencie del resto de los compañeros.

Por otra parte, en los argumentos que se aportan, hay muchas incorrecciones, algunas por falta o insuficiencia de información, otras por haber sido mal asesorados y finalmente algunas por no corresponder con la realidad.

Por esta razón, creemos que se debe a un momento de ofuscación que podemos entender y , por tanto, consideramos que no debemos dar mayor importancia al mismo."

El psicólogo del Colegio, Simón , tuvo conocimiento por el Director, de la carta del actor y su esposa dirigida al Director y éste, le dijo que ° mirara a ver que pasaba" y dicho Psicólogo, lo que hizo fue preguntar al Profesor de Matemáticas del niño y habló con el tutor, y ambos le dijeron que no había ningún problema.

No habló nunca con el niño profesionalmente, porque no le preocupó no vio problema ni nada raro en el alumno, no habló con el actor, y observó al niño alguna vez en el recreo.



DUODECIMO.- Todos los años, el Director a final de curso, en el mes de junio, en el Anuario del Colegio, se dirige a todos los colectivos que participan en el colegio con agradecimiento por distintas causas, así en el de Junio/03 correspondiente al curso 2002/2003 especialmente en uno de los párrafos se dice.

"...Esa es la razón por la que en nombre propio y en el del Colegio, quiero dar las gracias a los distintos estamentos de la Comunidad Educativa..... .al médico, siempre tan cercano y dispuesto ante cualquier urgencia...."

DECIMOTERCERO.- En Junio/2004, en el Anuario correspondiente al Curso 2003/2004, el Director del colegio como todos los años, escribe la carta anual y en este año inicia la misma, diciendo:

" Todos los años este espacio se aprovecha par dar las gracias a todos y doy gracias a todos pero no me voy a detener en ello..... Son malos tiempos políticos Malos tiempos familiares.... .. También son malos tiempos para el colegioLos profesores merecen confianza por este motivo, pero, además , aunque pudiesen estar equivocados, es un error descomunal mostrarlo delante de los hijos...En los asuntos de libertades y derechos, también corren malos tiempos.No hay aceptación de la autoridad porque como estamos en un país libre podemos hacer lo que nos venga en ganaY para rematar la situación, cuando un alumno tiene cualquier discrepancia con un profesor va a su casa y cuenta su problema y lo hace sin referentes, con su peculiar subjetividad de niño. Y algunos padres, antes de preguntar qué es lo que ha ocurrido en el colegio, toman partido y el hijo tiene razón y no el profesor y se permiten hacer juicios de valor delante de él. Así el profesor ya no tiene autoridad (y por tanto le acabo de quitar la posibilidad de educar) y yo demuestro que me importa mi hijo dándole la razón (para que el día de mañana crea que siempre la lleva) , evitando cualquier situación de conflicto con él...."

DECIMOCUARTO.- Con fecha 25/6/2004, el actor en Carta abierta escribe en la " Gaceta Escorialense", en referencia a lo publicado en la revista del colegio, por el Director, Rafael , en la que expone sus puntos de vista y que se tiene por reproducida constando como documento 15 de la parte actora, de la que se destaca lo siguiente:

"En este momento soy médico del Colegio Alfonso XII desde hace más de 15 años. Escribo esta carta como padre de tres hijos de 12, 10 y 8 años en dicho colegio..... :En referencia a lo publicado en la revista del colegio, en su página 3, firmado por D. Rafael , Director del Colegio, paso a exponerle mis siguientes puntos de vista como padre:

Al no existir APA, en el colegio, no podemos contestarle de otra manera reglada ni no regladaSu carta efectivamente es pesimista, pero se echan en falta soluciones. Como padre me permito aconsejarle algunas:

A) Creación de un órgano de diálogo entre el colegio y los padres de los alumnos (APA o semejante) Vamos a incrementar el diálogo en las reuniones entre la dirección y los padres de alumnos, sin que cualquier comentario o crítica se perciba por ustedes como una intromisión o falta de respeto hacia el profesor Por último,no debo callar más por ser el médico del colegio, antes soy padre.Se que puede afectar a mi relación profesional (mi trabajo en el colegio) pero pienso que ante todo está la verdad, la libertad, la honestidad y el respeto a la educación e integridad de los menores."

DECIMOQUINTO.- El Consejo de Dirección del Colegio, se reúne una vez al mes, coincidiendo con el segundo miércoles de cada mes, no haciéndolo en los periodos de vacaciones, en cada una de esas reuniones se levanta Acta, que es redactada por el Secretario del Consejo.

En cada una de las sesiones, el Secretario toma notas en borrador de los puntos tratados y acuerdos alcanzados y hasta el mes siguiente, dicha Acta no es firmada por los asistentes, antes del inicio de la nueva convocatoria y una vez leída , corregida y aprobada en su caso, es firmada por los comparecientes, con fecha del mes anterior.

DECIMOSEXTO.- El despido del actor, se decide después de la publicación de la carta abierta en la Gaceta Escorialense, hubo una reunión y se habló de despido por las descalificaciones que en esa carta se hacía y porque se pasaba dicho actor en el contenido de dicha carta.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 30/6/2004, la empresa entrega al actor la carta de despido con el siguiente texto:

" Por medio de la presente carta, me veo en la necesidad de, notificarle que en fecha 30/6/2004 quedará usted despedido de su puesto de trabajo.

La causa que motiva este despido, es la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal y pactado que constituye una infracción laboral grave tipificada en la letra e) del nº 2 del art., 54 del ET , incumplimiento grave que motiva la decisión de despedirle.



La presente comunicación se formula por escrito en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 55 del ET., y va redactado en ejemplar duplicado, debiendo firmar el recibí del original en la copia que se adjunta.

También por la presente reconozco la improcedencia del despido, y pongo a su disposición la indemnización de 45 días por año de servicio más la liquidación correspondiente, manifestándole que en caso de no aceptarlo en plazo de 48 horas procederemos a la consignación judicial de esta cantidad en el Juzgado de lo Social de acuerdo con lo establecido en la ley 45/2002 de 12 diciembre."

DECIMOCTAVO.- El día 8/9/04, segundo miércoles de ese mes de septiembre, se celebra reunión del Consejo de Dirección después de vacaciones, y al inicio de la misma, se lee, se corrige en su caso, y aprueba el acta de 9/6/04. El Libro de actas de esa fecha, comienza :

" Se leen y aprueban las actas de la reunión anterior....." y siguen los puntos 1,2,3,4,5 y en el punto 6 se dice:

" Se plantea la situación del despido del Médico. Después de un variado contraste de opiniones , se conseguía dicho despido que se hará/ haría efectivo a final de curso:" Dicha Acta no fue aprobada ni firmada por los miembros del Consejo hasta el 8/9/04.

DECIMONOVENO.- La empresa con fecha 30/6/04, consignó la cantidad de 25.093,42 euros ante la jurisdicción social, previo reconocimiento de Despido improcedente, en concepto del salario del mes de junio, liquidación, finiquito, e indemnización, " a fin de evitar el devengo de salarios de tramitación".

VIGÉSIMO.- El actor presentó demanda ante el Juzgado el 5/8/04.

VIGESIMOPRIMERO.- Con fecha 14/9/04, la empresa recibe la demanda y la citación a juicio para el 16/11/04.

Con fecha 20/10/04, la empresa presenta escrito ante este Juzgado, "para evitar indefensión al actor" según se dice en el mismo y en el hecho 40 del escrito transcribe una relación de causas por las que despidió al actor.

VIGESIMOSEGUNDO.- El actor, considera que su despido es nulo por vulneración del derecho de libertad de expresión, garantía de indemnidad, derecho al honor, intimidad personal y familiar y en base a ello interesa ser reincorporado a su puesto de trabajo, publicación del Fallo de la sentencia - que así lo declare, en el Anuario del Colegio, así como en el Tablón de Anuncios de dicho centro, y una indemnización de 198.830 euros.

La parte actora establece las bases de cálculo para dicha indemnización de la siguiente forma:

Teniendo en cuenta que el presente curso escolar, 2004/2005, los hijos del actor, no lo cursan en el Colegio demandado, han sido matriculados en otro centro escolar, en el Colegio GONDOMAR. Los gastos a afrontar con el cambio de colegio de sus tres hijos, y los cursos que todavía tienen que cursar, los niños, considera que les resta por realizar 17 cursos académicos entre los tres, y que el importe del curso de los tres hijos asciende a 9.510 /año la cantidad por los 17 cursos, solicitada por perjuicios la fija en 161.670 euros, dicha cantidad es el total de la Enseñanza reglada y comedor del hijo mayor, a partir de octubre/04 a razón de 143,18 euros, más 115,92 euros por los otros dos hijos por el mes de septiembre/04 y la cantidad de 377, 79 y 341,17 a partir del mes de noviembre.

Las cantidades correspondientes a la enseñanza de los tres hijos del actor, en caso de haber sido abonadas por éste, ascienden al año 3.330 , 3.140 y 3.100 respectivamente.

Así mismo; y por gastos médicos por tratamiento psicológico de su hijo Oscar , interesa la cantidad de 7.160 euros.

Por daños morales, interesa, sin perjuicio de la definitiva fijación mediante esta sentencia, la cantidad de 30.000 euros.

VIGESIMOTERCERO.- Con fecha 4/8/04, se celebró acto de conciliación ante el SMAC con resultado de Sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpone recurso de suplicación por el demandado, con intervención del Letrado DON FRANCISCO JAVIER LACOSTA GUINDANO, habiendo sido impugnado de contrario por la Letrada DOÑA BELÉN VILLALBA SALVADOR, en representación del demandante. Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Social se dispuso el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Con amparo en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , interesando que se retrotraigan las actuaciones al momento en que considera se le ha ocasionado indefensión, refiriéndose a la rectificación efectuada en el acto del juicio por el demandante, al fijar el salario en 1.071,49 euros mensuales, en el que estuvo conforme, pese a lo cual se considera probado el de 1.105,11 euros mensuales.



No ha lugar a la nulidad interesada, por cuanto se trata de un dato susceptible de rectificar, tanto mediante la aclaración, por el propio Juzgador a quo, como a través del apartado b) del artículo 191 citado, no ocasionándose indefensión alguna al recurrente.

SEGUNDO.- Efectivamente solicita el demandado, por la vía del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación del hecho probado primero, para el que propone la siguiente redacción:

"EL actor, Evaristo, con DNI nº NUM000, venía prestando sus servicios para la demandada, REAL COLEGIO ALFONSO XII, (Colegio Menor) en San Lorenzo de El Escorial, de la Orden de San Agustín, Padres Agustinos, con antigüedad de 17/10/1990, con grupo profesional 1, y desempeñando el puesto de Médico del Colegio y del internado del mismo, con salario de 918,42 euros mensuales, por catorce pagas."

La parte actora, en su escrito de impugnación, reconoce el salario postulado por la demandada, poniendo de manifiesto que la sentencia incurre en un error, por lo que no hay inconveniente en rectificarlo; pero respecto de la supresión de los restantes conceptos, no se han desvirtuado por ningún medio probatorio, sin perjuicio de que pudiera resultar predeterminante del fallo el atribuirle la naturaleza de salario en especie, por lo que se admite la eliminación de esta calificación, quedando en fin el hecho como sigue:

EL actor, Evaristo, con DNI nº NUM000, venía prestando sus servicios para la demandada, REAL COLEGIO ALFONSO XII, (Colegio Menor) en San Lorenzo de El Escorial, de la Orden de San Agustín, Padres Agustinos, con antigüedad de 17/10/1990, con grupo profesional 1, y desempeñando el puesto de Médico del Colegio y del internado del mismo, con salario de 918,42 euros mensuales, por catorce pagas, obteniendo también la enseñanza gratuita de los tres hijos menores del actor, que corresponde a 3.220 euros anuales por el primero de sus hijos, a 3.140 euros anuales por el segundo y 3.100 euros anuales por el tercero respectivamente."

No habiendo lugar a la rectificación que, con carácter subsidiario se interesa, respecto de las sumas de los aludidos conceptos.

Asimismo solicita la modificación del hecho probado sexto, en la siguiente forma:

"Uno de los hijos del actor, Oscar de 12 años de edad, venía teniendo un rendimiento escolar medio-alto en todas las asignaturas y en el primer trimestre, en el segundo trimestre y en el tercer trimestre del Curso 2003/2004, tuvo un bajo rendimiento en Matemáticas.

EL niño fue atendido en el Hospital de Alcorcón el 10/3/04, con una "Epistaxis recidivante por ambas fosas nasales, de hace meses, siendo el juicio diagnóstico de Epistaxis idiopática."

Modificación que se inadmite al ser irrelevante para el resultado del pleito la incorporación al relato de la continuación del bajo rendimiento del niño en matemáticas, durante todo el curso, y no quedar desvirtuado el aserto que se pretende suprimir.

Interesa el recurrente la supresión del hecho probado séptimo en su totalidad, argumentando que al contener una errónea titulación de Psicóloga que la Juzgadora atribuye a la Psicopedagoga, no puede mantenerse, lo que se rechaza, ya que es indiferente para esta litis que el niño fuera asistido por una psicopedagoga o por una psicóloga, por cuanto lo relevante es su situación, la causa de la misma y la necesidad de la intervención de un profesional, sea psicopedagogo o psicólogo.

Solicita igualmente la inclusión en el relato de probados del siguiente hecho:

"El día 8.6.04, segundo miércoles de ese mes de junio, se celebra reunión del consejo de dirección. En el punto 6 del acta de esa fecha consta el planteamiento de la situación del despido del médico y la decisión de proceder a dicho despido a final de curso."

A lo que no ha lugar al referirse ya a tal dato el hecho probado decimoctavo.

Finalmente postula el recurrente la modificación del hecho probado decimosexto, sin proponer redacción alternativa ni referirse a documento o pericia que lo desvirtúe, por lo que no puede admitirse tal modificación, máxime cuando el mismo se ha obtenido por la prueba testifical, no susceptible de revisión en esta fase de recurso, de conformidad con los principios de inmediatez e instancia única que rigen el proceso laboral.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, 4.2 del Convenio 95 de la O.I.T. y 78 del IV Convenio Colectivo de Enseñanza privada y la jurisprudencia aplicable, así como la no aplicación de los artículos 26.2 de dicho Estatuto, 43.2 de la Ley 49/1998, en relación con el R.D. 1890/99, alegando que no tiene consideración de percepción económica en especie la prestación del servicio de enseñanza a hijos de trabajadores de centros.



Efectivamente el coste de la enseñanza de los hijos del persona del colegio demandado, no constituye salario, asimilándose a un complemento por ayuda escolar, que ha sido considerado como no salarial de forma reiterada, tanto por este Tribunal, en sentencias de 18 de enero de 2005, recurso 4.997/04 y 5 de marzo de 1.998, número 265/98, recurso número 5.500/1997, que citan las del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.988; de 8 de mayo de 2.003, número 305/03, recurso número 1550/03 y de 6 de noviembre de 2.003, número 617/03, recurso número 4709/03, como por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 3 de diciembre de 2.001, número 1756/01, recurso número 942/01, y es que considerar dicha ayuda como salarial llevaría a un resultado desestabilizador, cual es que, en las empresas obligadas convencionalmente al pago de tal ayuda, el salario de un trabajador cambiaría en función de su número de hijos, de manera que un rendimiento homogéneo sería retribuido desigualmente por tal variable extra laboral, siendo precisamente la ajeneidad al trabajo del número de componentes de la familia del trabajador la que determina que las ayudas que se presten a los mismos en consideración a la relación laboral de aquél, no puedan tener naturaleza salarial sino de beneficio o mejora social, tal y como la configura el artículo 78 del Convenio Colectivo aplicable, que establece la enseñanza gratuita para los hijos del personal afectado por dicho Convenio que presten sus servicios a jornada completa, en el propio centro en que lo hagan, reconociendo incluso tal mejora a los hijos de los trabajadores excedentes, lo que demuestra aún más claramente que la prestación no puede tener la consideración de salario, por lo que el motivo se estima.

CUARTO.- Asimismo denuncia el recurrente la infracción de los artículos 55, 56 y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 110, 179 y 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 49/2003 de 17 de marzo, manifestando que todos los indicios en los que se basa la Juzgadora a quo carecen de relevancia y que ha considerado, erróneamente que la decisión del despido se tomó después de publicarse la carta del actor, cuando se había ya decidido en la reunión de 8 de junio de 2.004, por lo que concluye que no ha aportado aquél ningún indicio de discriminación y que la calificación correcta del despido ha de ser la de improcedencia. Además se refiere a lo acontecido entre el actor y el profesor de matemáticas, resaltando que el hijo también suspendió la materia en la evaluación final con otro profesor, no habiéndose tenido en cuenta para el informe psicopedagógico la información que debió de solicitarse al profesorado. Considera que no ha lugar a la indemnización, resaltando que los hijos del actor tenían concedida desde junio de 2004, beca para el curso 2004/2005 y fue el actor voluntariamente el que les cambió de colegio, estando además disconforme con el modo de cálculo, al haber tenido en cuenta 17 años, cuando nadie puede predecir cuántos cursos van a estudiar cada uno de los hijos y además no tiene en cuenta que la mayoría de los centros privados concertados religiosos, son gratuitos y, subsidiariamente, considera que hay un error en el cálculo y que el resultado sería de 160.820 euros; en cuanto a la indemnización por gastos ocasionados alega que no ha habido una actuación incorrecta por parte del centro hacia el hijo del actor y que la intervención clínica no fue la adecuada ni consta su pago y por lo que respecta a los daños morales cuantificados en 23.000 euros, estima que al no haberse producido vulneración de derecho fundamentales no hay daño, pero además no se han acreditado y se ha incurrido en duplicidad al aludir a la búsqueda de un nuevo colegio para los hijos, a la necesidad de buscar asesoramiento para defenderse ante los tribunales y a la pérdida de confianza y frustración ante el colegio del que era antiguo alumno y las expectativas para con la enseñanza de sus hijos y, subsidiariamente señala el error material al ser la anualidad que se toma como módulo de 22.731,36 euros, considerando vulnerados los artículos 80.1.c) y 85.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al consignarse en la papeleta de conciliación un perjuicio de 160.000 euros, y en la demanda se eleva a 198.830 euros, pluspetición a la que no se ha dado contestación en la sentencia, pese a haberse alegado por su parte.

En primer lugar hemos de atender a los hechos probados, de los que resulta que el actor llevaba prestando sus servicios para el colegio demandado desde el año 1990, a plena satisfacción, habiéndose elogiado su trayectoria y profesionalidad al finalizar el curso 2002/2003.

Pese a tales circunstancias el actor es despedido, sin causa laboral alguna para ello, reconociendo la empresa inmediatamente la improcedencia del despido.

Han quedado acreditados indicios más que suficientes para invertir la carga de la prueba, puesto que la decisión extintiva fue acordada por la empresa después de los siguientes hechos:

- 1º) Reclamación de ser incluido en el claustro de profesores
- 2º) Reclamación de revisión de su nómina conforme al convenio.
- 3º) Oposición del actor a realizar análisis a los alumnos para detectar cánnabis en la orina.
- 4º) reclamación formulada ante el colegio protestando respecto de la actuación del profesor de matemáticas de su hijo, anunciando que llegarán "hasta el final de todos los temas".



5º) Publicación en la revista del colegio de una carta abierta del actor, en la que se solicita la creación de una APA.

Habiendo quedado acreditado que el despido se acuerda tras el último de los reseñados, sin que ello se desvirtúe por la alegación de la empresa de que se había adoptado la decisión en la reunión del consejo de dirección, anterior a dicho evento, ya que, como consta en el hecho probado decimooctavo, el acta de la misma no fue aprobada ni firmada hasta el 8 de septiembre de 2004, por lo que no acredita que ciertamente fuera en tal reunión cuando se toma la aludida decisión, pero es que incluso prescindiendo de la publicación de la carta, existen indicios más que suficientes para la inversión de la carga de la prueba, por aplicación la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, contenida en la Sentencia 19-4-2004, nº 55/2004, rec. 5515/1998, BOE 120/2004, de 18 mayo 2004 , que dice así:

Recordando, ante todo, la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 3, 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4, 140/1999, de 22 de julio, FJ 4, 168/1999, de 27 de septiembre, FJ 1, y 198/2001, de 4 de octubre, FJ 3 , hemos de señalar que en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE , este Tribunal ya declaró en la STC 7/1993, de 18 de enero , que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993 , la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta.

En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial.

La garantía de indemnidad del art. 24.1 CE cubre, en consecuencia, todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia; tanto, entonces, el ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, como los actos preparatorios o previos necesarios para dicho ejercicio, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción. Bajo esas circunstancias, en efecto, los mencionados actos previos y obligatorios no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho, resultando sencillo para quien persiga impedir u obstaculizar su ejercicio poner en práctica medidas represivas justo en el momento anterior al planteamiento de la acción (SSTC 14/1993, de 18 de enero, 140/1999, de 22 de julio, y 168/1999, de 27 de septiembre).

TERCERO.- En el caso que plantea la demanda de amparo, el despido de D. Carlos Alberto se produjo como consecuencia de ciertas manifestaciones hechas por el Abogado del trabajador en la carta que remite a la dirección de la empresa en relación con la reclamación que hace aquél a ésta sobre una determinada invención laboral. No se está, pues, ante uno de los actos preparatorios o previos "necesarios" para el acceso a la



jurisdicción, a los que, según se ha expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal ha extendido hasta ahora la protección dispensada por la garantía de indemnidad.

No es posible, sin embargo, dejar de valorar, en este contexto, los beneficios que se derivan de la evitación de los procesos (SSTC 217/1991, de 4 de noviembre, FJ 5; 12/2003, de 28 de enero, FJ), como algo útil o deseable, que es la finalidad pretendida por reclamaciones extrajudiciales previas como la formulada por el Abogado de D. Carlos Alberto . El objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de la indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así sucedió, en efecto, en el caso que el recurrente en amparo plantea ante este Tribunal: la Sentencia del Juzgado de lo Social declaró como hechos probados que D. Carlos Alberto había formulado verbalmente a la empresa en ocasiones anteriores la reclamación sobre la titularidad que creía tener en la patente, y que en la carta dirigida por el Abogado a la empresa se hacía constar que la finalidad de la misma era resolver el "conflicto de manera amistosa, intentando llegar a una negociación razonable" para evitar el proceso...

Siendo evidente que el actor ha formulado durante el último curso reclamaciones a la empresa, tanto en materia laboral como respecto de la actuación del colegio para con su hijo, lo que, como se ha dicho, constituye un indicio razonable de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por violación del principio de indemnidad, así como del principio de libertad de expresión, respecto de la publicación de la carta, mientras que por parte de la empresa no se ha traído al pleito dato o hecho alguno relativo a la relación laboral que pudiera haber fundamentado el despido, por lo que es evidente que el mismo se debe a actuaciones del actor constitucionalmente protegidas y ajenas a su prestación de servicios y que, por consiguiente dan lugar a que el despido se declare nulo, teniendo derecho a la readmisión inmediata, en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al pago de los salarios de tramitación, a razón de 35,72 euros diarios.

En cuanto a la indemnización fijada en la sentencia de instancia, hemos de tener en cuenta que si bien el despido del actor ocasionó, como consecuencia directa, que sus hijos cambiaran de colegio, su vuelta, tras la sentencia de instancia y una vez confirmada por esta resolución, determina su derecho, por establecerlo el convenio colectivo, a volver a cursar sus estudios gratuitamente en el mismo, por lo que el daño a valorar es el moral que se les ha ocasionado por el traslado durante el presente curso, y no el perjuicio económico que, ni consta se haya producido, ni tiene porque mantenerse en el futuro, por lo que hemos de estar al fijado por la Magistrada a quo por este concepto, siendo irrelevante que el módulo que toma fuera un poco inferior, al tratarse de fijar una cifra indemnizatoria por otro concepto, de 23.000 euros, habida cuenta de la repercusión personal y familiar que dicho cambio implica, pues es evidente que supone para los niños una ruptura y que su adaptación al nuevo entorno escolar puede acarrear problemas y siempre genera un esfuerzo adicional, tanto para los niños como para los padres. Igualmente ha de mantenerse, por no haber razón alguna para su modificación, la condena a indemnizar al actor por los gastos de la psicopedagoga.

A la vista de cuanto antecede,

FALLAMOS:

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el REAL COLEGIO ALFONSO XII, frente a la sentencia número 441/04, dictada por el Juzgado de lo Social número Doce de los de Madrid, el día 22 de noviembre de 2.004, en los autos número 791/04 , en procedimiento por despido seguido a instancias de DON Evaristo y en consecuencia confirmamos la misma excepto en lo relativo a los importes de la condena, fijando los salarios de tramitación en 35,72 euros diarios y la indemnización total por daños y perjuicios y gastos ocasionados en 30.190 euros. Devuélvase al recurrente el depósito y dese a la consignación el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, que ha de prepararse por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral , advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que cuando el recurrente no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita ni ostente la condición de trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, o causahabiente de alguno de ellos, ni se trate del Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u Organismo Autónomo dependiente de alguno de ellos, deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso la consignación del importe de la condena en la cuenta corriente número 2827000000162105, que esta Sección Segunda tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº 1.026, sita en la Calle Miguel Ángel nº 17 de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista y además deberá depositar 300 euros



ingresándolos en la cuenta 2410 del Banco Español de Crédito, Sucursal de la Calle Barquillo nº 49 (oficina 1.006) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala al tiempo de personarse en ella.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ