

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Social, Sentencia 538/2017 de 22 Mar. 2017, Rec. 227/2017

Ponente: Gómez Ruiz, Ramón.

Nº de Sentencia: 538/2017

Nº de Recurso: 227/2017

Jurisdicción: SOCIAL

La empresa no puede unilateralmente modificar el método de elección de vacaciones de los trabajadores

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA. Momento del disfrute de las vacaciones. Condena a la empleadora a seguir concediendo a los trabajadores afectados por el conflicto -los fijos discontinuos de la empresa- los disfrutes de períodos vacacionales tal y como se venía haciendo hasta la fecha, sin restricciones. Apreciación de condición más beneficiosa en la elección de las fechas de las vacaciones por los trabajadores afectados respecto a la regulación general y mínima de las vacaciones en el ET y convenio colectivo de aplicación. Beneficio de elección del período vacacional que sólo puede ser modificado por acuerdo o por circunstancias suficientes y debidamente probadas que justifiquen y autoricen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga que en conflicto colectivo en condena a la empresa a seguir concediendo a los trabajadores afectados los disfrutes de períodos vacacionales sin restricciones.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20160001907

Negociado: **PC**

Recurso: Recursos de Suplicación 227/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº8 DE MALAGA

Procedimiento origen: Conflictos Colectivos 154/2016

Recurrente: VALORIZA FACILITIES SAU

Representante: JUAN JOSE JIMENEZ REMEDIOS

Recurrido: UGT, CCOO, CGT, CSI-F, NAS y COMITE DE EMPRESA DE VALORIZA SIENDO SU PRESIDENTE D. Carlos Daniel

Representante: JUAN IGNACIO GUTIERREZ CASTILLO, JOSE ANTONIO TALLON MORENO y FRANCISCO MIGUEL NIETO VILLENA

Sentencia Nº 538/2017

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de Málaga a veintidós de marzo de dos mil diecisiete

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por VALORIZA FACILITIES SAU contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº8 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Iltma Sr. /Sra D. / RAMON GOMEZ RUIZ** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por UGT sobre Conflictos Colectivos siendo demandado VALORIZA FACILITIES SAU, CCOO, CGT, CSI-F, NAS y COMITE DE EMPRESA DE VALORIZA SIENDO SU PRESIDENTE D. Carlos Daniel habiéndose dictado sentencia por el Juzgado

de referencia en fecha 25/10/2016 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1. Los trabajadores afectados por este conflicto colectivo son todos los fijos discontinuos, unos 161, que prestan sus servicios para VALORIZA FACILITIES, S.A.U. en el centro de trabajo Universidad de Málaga.
2. Hasta 2015 los referidos trabajadores venían tomando sus vacaciones anuales en las fechas de su elección, sin limitación alguna por parte de la empresa.
3. A partir de 2015 el referido colectivo de trabajadores ha visto limitada esa libertad de elección, siendo la empresa la que impone a su conveniencia los períodos vacacionales.
4. Obra en autos -documento 1 demandante y 8 empresa- y se da por reproducido convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Málaga y provincia 2012-2013.
5. Obra en autos -documento 2 demandante- y se da por reproducido escrito dirigido por la empresa a comité de empresa en fecha 27.11.06, relativo a vacaciones de 2007.
6. Obra en autos -documento 3 demandante y 2 empresa- y se da por reproducido acta del SERCLA de fecha 22.06.15.
7. Obra en autos -documento 4 demandante- y se da por reproducido acuerdo entre empresa y comité de empresa relativo a vacaciones, de fecha 30.05.12.
8. Obra en autos -documento 5 demandante- y se da por reproducido documento elaborado por D. Edmundo , gerente de servicio, de fecha 04.11.14.
9. Obra en autos -documento 6 demandante- y se da por reproducido formularios de solicitud de vacaciones de diversos trabajadores.
10. Obra en autos -documento 1 empresa- y se da por reproducido correos electrónicos intercambiados con el comité de empresa en negociación del calendario laboral de 2015.
11. Obra en autos -documento 3 empresa- y se da por reproducido consistente en comunicaciones enviadas por la UMA sobre necesidades de limpieza en período estival.
12. Obra en autos -documento 4 empresa- y se da por reproducido Pliego Condiciones Técnicas.
13. Obra en autos -documento 5 empresa- y se da por reproducido calendario laboral 2016.
14. Obra en autos -documento 6 empresa- y se da por reproducido solicitudes de vacaciones de distintos trabajadores.
15. Obra en autos -documento 7 empresa- y se da por reproducido certificados emitidos por el gerente del servicio sobre inexistencia de reclamaciones individuales de vacaciones.
16. Obra en autos -documento 1 NAS- y se da por reproducido correo electrónico del gerente.
17. Obra en autos -documento 2 NAS- y se da por reproducido comunicaciones de empresa a los representantes de los trabajadores con cuadro de vacaciones.
18. Obra en autos -documento 3 NAS- y se da por reproducido cuadrante de vacaciones elaborado por la empresa.
19. Obra en autos -documento 5 NAS- y se da por reproducido calendarios anteriores de vacaciones elaborados por la empresa.
20. Obra en autos -documento 6 NAS- y se da por reproducido llamamientos a eventuales.
21. Obra en autos -documento 7 NAS- y se da por reproducido actas de reuniones de empresa-comité de empresa.
22. Obra en autos -documento 8 NAS- y se da por reproducido solicitudes de vacaciones.
23. Interpuesto escrito de iniciación ante el SERCLA en fecha 24.07.15, se celebró el acto en fecha 05.08.15, sin avenencia.
24. La demanda se presentó el día 15.02.16.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada (VALORIZA FACILITIES S.L.), recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- : Ejercitó la parte actora acción de conflicto colectivo en reclamación de que se condene a la empresa a seguir concediendo los disfrutes de períodos vacacionales de fijos discontinuos del centro de trabajo Universidad de Málaga tal y como se venía haciendo hasta la fecha, en las fechas solicitadas por los trabajadores, sin restricciones, que obtuvo suerte favorable en la instancia pues la sentencia recurrida desestima las excepciones opuestas y acoge la pretensión y estima la demanda.

SEGUNDO.- : Frente a la sentencia que estimó la demanda interpuesta en procedimiento de Conflicto Colectivo, formula la empresa demandada Valoriza Facilities S.A.U. Recurso de Suplicación, articulando un doble motivo por el cauce del párrafo a) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social solicitando la reposición de las actuaciones al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, y, sin interesar la revisión de los hechos probados al amparo del art. 193 b) de la Ley Procesal Laboral , un segundo motivo de censura jurídica, en dos apartados, en el que interesa el examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193 c) de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe, en el primero el art. 153.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social en relación con el 125 del mismo texto legal , y en el segundo el art. 38 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 16 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Málaga 2012-13 y doctrina judicial que cita y la relativa a la condición más beneficiosa, realizando diversas alegaciones y solicitando la nulidad de actuaciones y reposición al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, y

subsidiariamente la desestimación de la demanda por inadecuación de proceso, y subsidiariamente por inexistencia de condición más beneficiosa.

TERCERO.- : En los dos primeros motivos del Recurso de Suplicación por el cauce del párrafo a) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social solicita la parte recurrente la reposición de las actuaciones al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, denunciando la infracción de las normas procesales que cita, realizando diversas alegaciones denunciando la insuficiencia de hechos probados y arbitrariedad en la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo e irracionalidad de la misma, lo que le provoca indefensión, motivos que pueden ser analizados conjuntamente.

Pero es doctrina reiterada de esta Sala la de que la nulidad de actuaciones es una medida excepcional que ha de acordarse con criterio restrictivo para no comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española , derecho en cuyo contenido se integra una solución del fondo del asunto sin dilaciones indebidas, procediendo solo cuando realmente se produce infracción de normas o garantías procesales que causen indefensión para alguna de las partes litigantes y se haya formulado si el momento procesal lo permite la oportuna protesta, y que la nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario dada la notoria conmovición procedimental que supone tanto para las partes como para los principios de celeridad y economía procesal.

Denuncia el recurrente la insuficiencia de hechos probados, y en relación a la suficiencia de los hechos probados es reiterada doctrina judicial, como se recoge en las Sentencias de esta Sala dictadas en Recursos de Suplicación nº 2.082/2.003 , 1861/11 , 1659/13 y 1325/2016 , la que declara que la suficiencia de los hechos probados solo al Tribunal compete determinarla gozando el recurrente de la posibilidad de solicitar todas las modificaciones fácticas a su juicio precisas por haber incurrido el Juzgador en error que resulte de documentos y pericias hábiles a tales efectos con arreglo al art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social .

Y el examen de la resolución recurrida permite afirmar a la Sala que deben entenderse suficientes los hechos probados así como la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida existiendo suficiente motivación o explicación del razonamiento y de la conclusión alcanzada, pues la parte actora presentó demanda en acción de conflicto colectivo solicitando de que se condene a la empresa a seguir concediendo los disfrutes de períodos vacacionales de fijos discontinuos del centro de trabajo Universidad de Málaga tal y como se venía haciendo hasta la fecha, en las fechas solicitadas por los trabajadores, sin restricciones, y el magistrado de instancia razona y concluye por las conclusiones fácticas y fundamentos de derecho que expone, todo lo cual es motivación y explicación suficiente de las razones del pronunciamiento, por lo que deben entenderse cumplidos los requisitos exigidos por los preceptos reguladores 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, como el art. 208.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 de la Constitución española , habiendo satisfecho la sentencia recurrida debidamente el derecho a la tutela judicial efectiva, no pudiendo acogerse las alegaciones que realiza la parte recurrente pues la sentencia es la respuesta que da el juez a las pretensiones de las partes y por lo tanto la pretensión ha sido contestada aún en sentido desfavorable a la parte recurrente sin tener dicha respuesta que contestar a las diversas argumentaciones de las partes siempre que resuelva debidamente sobre las pretensiones ejercitadas lo que ocurre en el presente caso, como es reiterada doctrina constitucional y judicial la de que la sentencia no tiene que contestar a las diversas argumentaciones jurídicas de las partes sino fundamentar la decisión contenida en la misma lo que ocurre en el caso de autos pues las partes conocen el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permiten al Tribunal ejercer la función revisora que les incumbe sin que exista un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, por lo que no puede declararse la nulidad pretendida, sin perjuicio de la posibilidad del recurrente como tiene a su alcance en esta vía de demostrar el error del juzgador de instancia por la vía de la revisión fáctica y de denunciar las infracciones jurídicas que a su juicio hubiera cometido la Sentencia de instancia.

También esta Sala en la Sentencia nº 694/06 de 2-3-06 en Recurso de Suplicación nº 129/06 declara con aplicación al presente que a la Magistrada que presidió el juicio en el que dictó la sentencia recurrida competía la valoración de la prueba practicada y la divergencia del demandante con la aludida valoración no puede ser objeto de un motivo de nulidad de la sentencia al amparo del apartado a) del artículo 193 la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , sin perjuicio de que esa discrepancia en la valoración pueda dar lugar a la solicitud de modificación del apartado de hechos probados al amparo del apartado b) del citado precepto legal, y las alegaciones que realiza la recurrente no pueden ser acogidas pues de la propia sentencia recaída en la instancia se deduce que las conclusiones fácticas alcanzadas lo fueron como resultado de la valoración de la prueba practicada y en concreto de las pruebas practicadas y valoradas de forma conjunta por el juez a quo, y analizadas las actuaciones, no se aprecia infracción alguna de norma esencial del procedimiento cometida por el Juzgador y lo que el recurrente manifiesta es una discrepancia jurídica con la valoración de la prueba practicada por el juez a quo y con los razonamientos de la sentencia recaída en la instancia lo que debe hacer por la vía de los apartados b y c del art. 193 LJS.

En consecuencia, no quedaron conculcados los preceptos invocados, por lo que no existiendo infracción procesal que constituya defecto esencial que cause indefensión, y tratarse de cuestiones que pueden ser resueltas en el presente Recurso de Suplicación sin necesidad de acordar medida tan extrema como la nulidad de actuaciones, careciendo tales motivos de nulidad de actuaciones de sentido y utilidad pues contradicen los principios de economía y celeridad procesal, dado que en nada aprovecha la nulidad de actuaciones pedida al aparecer suficientemente concretada la cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en el presente Recurso de Suplicación, y por ello no puede declararse la nulidad pretendida y deben rechazarse dichos motivos del recurso, como tampoco puede acogerse la revisión de los hechos probados que solicita de forma subsidiaria al no cumplir los requisitos exigidos para ello.

CUARTO.- : Igual suerte desfavorable merece el primer motivo de censura jurídica en el que denuncia, por el cauce del apartado c) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , la infracción de las normas procesales indicadas.

La cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en dicho motivo del presente Recurso de Suplicación es la de determinar si es cauce procesal adecuado el de conflicto colectivo para resolver las pretensiones formuladas en la demanda que inició el proceso de Conflicto colectivo.

El art. 153.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social dispone que "Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de

los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley . Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley " .

Tal cuestión del proceso adecuado de conflicto colectivo ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras, en las sentencias recaídas en el Recurso de Suplicación nº 1.073/07 , 318/10 , 97/2.013 , 509/2.013 y 524/16 , analiza los requisitos de la acción de conflicto colectivo exponiendo que "Como declara la Sentencia de la Sala dictada en Recurso de Suplicación nº 1.864/05 , la vía procesal de conflicto colectivo prevista en el artículo 151 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992, 12 de mayo de 1998, 17 de noviembre de 1999, 28 de marzo de 2000 , 12 de julio de 2000, 15 de enero de 2001 y 6 de junio de 2001, entre otras muchas) es cauce adecuado para solucionar determinadas y específicas controversias cuando se produce la conjunción de dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad».

2) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general». y el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una practica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Ello es así porque, como precisó la sentencia citada de 25 de junio de 1992 , «al igual que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo [inicial] que se identifica con la interpretación de una regla general, en los conflictos colectivos divisibles hay también un momento [posterior] individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral ».

En el caso que se analiza el objeto de la demanda de conflicto colectivo formulada afecta a todos los trabajadores fijos discontinuos, unos 161, que prestan sus servicios para VALORIZA FACILITIES, S.A.U. en el centro de trabajo Universidad de Málaga, y se solicita que se condene a la empresa a seguir concediendo los disfrutes de períodos vacacionales de fijos discontinuos del centro de trabajo Universidad de Málaga tal y como se venía haciendo, y por ello, en tal pretensión canalizada por el cauce del conflicto colectivo, se aprecia por la Sala la concurrencia de los requisitos exigidos para la tramitación de un proceso especial de conflicto colectivo y constituye objeto propio del proceso de conflicto colectivo, como se declaró entre otras en la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 509/2.013 , llenando el elemento subjetivo y objetivo del proceso especial de conflicto colectivo, en cuanto que la cuestión de fondo es propia del conflicto colectivo al concretarse en la determinación de si es condición más beneficiosa la elección de las fechas de las vacaciones por los trabajadores afectados como hasta ahora se venía realizando, y por otro lado viene adoptada con carácter de generalidad a todos los trabajadores incursos en su ámbito y en los que concurran las condiciones y afecta al interés general de todos los indicados trabajadores de la empresa con independencia de su mayor o menor número llenando con ello el elemento subjetivo del proceso especial de conflicto colectivo, y por ello es esta vía del proceso especial de conflicto colectivo proceso adecuado, debiendo debatirse y resolverse el fondo de la acción ejercitada.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

QUINTO.- : La cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en el presente Recurso de Suplicación es la determinación de si es condición más beneficiosa la elección de las fechas de las vacaciones por los trabajadores afectados como hasta ahora se venía realizando, pues en la demanda de conflicto colectivo se solicita que se condene a la empresa a seguir concediendo los disfrutes de períodos vacacionales de fijos discontinuos del centro de trabajo Universidad de Málaga tal y como se venía haciendo en las fechas solicitadas por los trabajadores, sin restricciones, habiendo el magistrado de instancia acogido la pretensión ejercitada lo que discute la parte recurrente en esta vía.

Del inalterado relato histórico se deducen como hechos más significativos para la resolución de la cuestión planteada que "2. Hasta 2015 los referidos trabajadores venían tomando sus vacaciones anuales en las fechas de su elección, sin limitación alguna por parte de la empresa. 3. A partir de 2015 el referido colectivo de trabajadores ha visto limitada esa libertad de elección, siendo la empresa la que impone a su conveniencia los períodos vacacionales.", dándose por reproducidos diversos documentos.

En los Fundamento de derecho, se razona por el magistrado de instancia que "Como se acaba de indicar, el demandante sostiene que la posibilidad que tienen los afectados por el conflicto de disfrutar de su período de vacaciones en el momento que tengan por conveniente es una condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo y que, por tanto, no puede ser ignorada ni desvirtuada por la empresa, como de hecho ha ocurrido. Quiere decirse que es una práctica observada por la empresa de manera constante y reiterada, durante un período de tiempo significativo, una práctica no puntual o excepcional, sino consolidada, y que representa una mejora sustancial respecto a la normativa reguladora mínima de las vacaciones, que en el presente caso viene representada por el artículo 38 ET y por el artículo 16 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Málaga y provincia para 2012-2013. El artículo 38.1 ET dice que "el período de vacaciones anuales retribuidas (...) será el pactado en convenio colectivo o contrato individual". El punto 2 dice que "el período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador (...)". El artículo 16 del convenio colectivo indicado dice que "el período de vacaciones retribuidas, no sustituible por compensación económica, será de 31 días naturales ininterrumpidos, retribuidos con el salario base y la antigüedad". Así como que "por voluntad del trabajador y siempre con acuerdo previo entre las partes, podrá solicitar que se fraccione el período de vacaciones en dos partes una de 16 días y otra de 15 días, siempre que no se de por la actividad de la empresa principal, contratista o contrata, el cierre un mes al año que será obligatorio disfrutarlas en el período de cierre". El artículo 4 del referido texto convencional indica que "todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente convenio, se establecen con carácter de mínimas, por lo que las condiciones actuales implantadas en las distintas empresas que impliquen globalmente condiciones más beneficiosas con respecto a lo establecido en el presente convenio, subsistirán para aquellos trabajadores que vinieran disfrutándolas (...)". De lo actuado se desprende que si no es una cuestión intrascendente la del derecho del trabajador a ser oído y tenido en cuenta a la hora de negociar el momento de disfrute de vacaciones, cuanto más si, como en el presente caso ocurre, ha venido determinando ese momento a su conveniencia y sin restricción alguna por parte de la empresa. Si ello es así, la empresa no puede bajo la excusa del mero ejercicio de sus facultades organizativas y directivas , alterar esa situación unilateralmente y sin acreditar una causa legítima conforme a

un procedimiento reglado, es decir, siguiendo los cauces formales previstos para este tipo de iniciativas. En el presente caso, la empresa ha actuado por la vía de hecho, imponiendo materialmente a los afectados el período vacacional y emitiendo una instrucción o directiva que no es fruto de negociación o acuerdo con la parte social, de hecho no va dirigida a nadie en particular, pero que tiene la virtud de poner negro sobre blanco esa ruptura con la práctica anterior consolidada, como dice el demandante en su primer escrito, "en ánimo de mejorar la relación laboral". En consecuencia, acreditados los hechos expuestos en la demanda y constituyendo la práctica de la empresa una condición más beneficiosa respecto a la regulación general y mínima de las vacaciones en Estatuto de los Trabajadores y convenio colectivo de aplicación, es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 4 del referido texto convencional, por lo que procede estimar la demanda."

SEXTO.- : Como declaran las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 858/09 , 1656/15 y 524/16 , "doctrina y jurisprudencia, con fundamento en el actual artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores , vienen refiriéndose a la figura o principio de la condición más beneficiosa para aludir a la técnica conforme a la cual la empresa ha de respetar las ventajas que el trabajador disfrute por concesión unilateral o pacto individual, sin que puedan ser reducidas o socavadas por decisiones o normas anteriores a su efectiva incorporación al nexo obligacional. Conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, la condición más beneficiosa no puede confundirse con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, por muy duraderas que éstas se presenten en el tiempo. Para que el beneficio ingrese en el patrimonio jurídico del trabajador no basta la persistencia o repetición en su disfrute; lo preciso es que la ventaja concedida responda inequívocamente a la voluntad empresarial de mejorar lo dispuesto en las normas legales o convencionales. Lo fundamental, en definitiva, para que surja una condición más beneficiosa es que la ventaja que se conceda se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho, que cualquiera que sea el título originario de la concesión constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 1998). Asimismo, hemos de indicar que sobre la empresa pesa la carga de la prueba en orden a la demostración de que sólo ha existido una mera tolerancia, pues de lo contrario debe seguir jugando la regla habitual conforme a la cual aquellas condiciones inicialmente procedentes de una concesión unilateral y voluntaria que se reiteran acaban incorporándose al contrato y transformándose en obligatorias para el empresario".

Igualmente la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1584/12 declara que "En resolución de tal pedimento ha de partirse para ello de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en torno a la condición más beneficiosa invocada. Resulta de ella reiterado que para que un beneficio o ventaja patrimonial o social, individual o colectiva pueda ser calificado de condición más beneficiosa y por eso integrada dentro del paquete de derechos y obligaciones asumibles, hace falta que reúna determinadas exigencias perfiladas por aquél, como puede apreciarse en SSTs de 11.03.1998 o 18.09.2001 en las que se señala cómo "... la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992 , 20 de diciembre de 1993 , 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) ...". Más que explícita es la recuente sentencia de fecha 03.03.2009 en la que se reitera el "... criterio jurisprudencial de que la condición más beneficiosa requiere, como elementos configuradores, una voluntad inequívoca empresarial de otorgar una ventaja o beneficio, lo que, normalmente, se explicita por el tiempo durante el que se consiente el disfrute de los mismos y que hace el que se incorporen al nexo contractual, adquiriendo, a partir de ahí, un carácter de intangibilidad que impide el que puedan ser suprimidos, unilateralmente, por la empresa... ".

Y la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1487/2014 razona que " Esta Sala, resumiendo la doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina, ha declarado respecto de las condiciones más beneficiosas lo siguiente: a) para que exista condición más beneficiosa es necesario que la misma sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador. Cabe, por lo tanto, entender establecida una condición más beneficiosa por un pacto tácito derivado de una actuación empresarial, aceptada por los trabajadores en virtud del principio de libertad formal que rige en materia contractual; b) en cuanto a la prueba de su existencia, a falta de documentación, el indicio objetivo más relevante es la continuidad y regularidad en su disfrute a lo largo del tiempo; c) no basta la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio; d) la condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió y, por ello, la empresa no está obligada a aplicarla a otros, no teniendo tal conducta, proyectada sobre los trabajadores de nuevo ingreso, carácter discriminatorio; y e) la condición más beneficiosa no puede ser suprimida unilateralmente por el empresario que viene obligado a respetarla, si bien pueden ser objeto de compensación y absorción, pues las mismas no tienen porqué permanecer inalterables quedando sujetas a las mencionadas reglas de compensación y absorción que sólo pueden realizarse entre condiciones homogéneas (sentencia de 27 de marzo de 2014 [ROJ: STSJ AND 1760/2014])."

SÉPTIMO.- : La Sala, examinando y analizando las alegaciones de ambas partes y la circunstancias fácticas concurrentes en el caso que se examina expuestas en los hechos probados y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, llega a la conclusión de que en el supuesto de autos, constando de forma inalterada que los trabajadores afectados por el conflicto vienen disfrutando de su período de vacaciones en período a su elección, al afirmarse en los hechos probados, de forma intacta, que "Hasta 2015 los referidos trabajadores venían tomando sus vacaciones anuales en las fechas de su elección, sin limitación alguna por parte de la empresa", es decir, que de forma constante y repetida la determinación del período vacacional viene concedido por la empresa demandada a la facultad de los propios trabajadores, a los que se les ha concedido por la empresa demandada la elección de las fechas de las vacaciones, tal práctica empresarial constante y mantenida, reiterada en el tiempo de forma voluntaria por la empresa demandada, es una condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo, y por lo tanto es condición más beneficiosa tal práctica empresarial de la elección de las fechas de las vacaciones por los trabajadores afectados como hasta ahora se venía realizando, como disfrutada de modo prolongado y estable no estando vinculada al cumplimiento de requisito alguno y no amparada por norma legal, paccionada o contractual, y por ello no puede ser eliminada unilateralmente por la empresa demandada pues no cabe la supresión o reducción unilateral por la sola voluntad de la empresa y sin seguir los trámites o posibilidades legalmente establecidas de las ventajas de las que

disfrutan los trabajadores a sus servicio, y por ello tal beneficio de elección del período vacacional sólo puede ser modificado por acuerdo o por circunstancias suficientes y debidamente probadas que justifiquen y autoricen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET y siguiendo los trámites y cumpliendo los requisitos en el mismo establecidos.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.

OCTAVO.- : El criterio del vencimiento previsto en el art. 235.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , impone la condena en costas a la empresa recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita.

NOVENO.- : Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por VALORIZA FACILITIES S.L., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº OCHO de Málaga de fecha 25/10/2016 , recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) contra VALORIZA FACILITIES S.L., CC.OO, CSI-F, C.G.T., N.A.S. y COMITÉ DE EMPRESA DE VALORIZA sobre CONFLICTO COLECTIVO, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito de 300 euros y de la cantidad consignada para recurrir, a las que se dará el destino legal, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales del Letrado o Graduado social colegiado de la parte demandante impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 1200 euros, y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander las siguientes consignaciones:

La suma de 600 euros en concepto de depósito en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social -cuenta nº 2928-0000-66- número de procedimiento (0001/10)-.

La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 07178613; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o bien a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 nº de procedimiento (0001/10)-, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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