



Roj: **STS 1824/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1824**

Id Cendoj: **28079140012012100106**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2012**

Nº de Recurso: **941/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1631/2010,**
STS 1824/2012,
AATS 5744/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., contra sentencia de fecha 22 de diciembre de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso núm. 503/10, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza, en autos núm. 128/08, seguidos por DON Bernabe frente a TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., sobre reclamación de Cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Letrado Don Oscar Díaz Vilchez, en nombre y representación de Don Bernabe.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Bernabe contra Trablisa Transportes Blindados SA, debo condenar y condeno a la citada demandada al abono al actor de la cantidad de 1971,56 euros".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" **1 .-** D. Bernabe, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Trablisa Transportes Blindados SA desde el 1 de abril de 2005, con carácter fijo y categoría profesional de vigilante de seguridad, con retribución compuesta por salario base, plus Baleares, prorrata de pagas extra, plus peligrosidad, nocturnidad, festivos, radioscopia o escaner, plus de vestuario y plus de transporte, conforme al detalle que se contiene en los tres cuadros impresos en los tres últimos folios de la inducta presentada por la parte demandada, cuadros cuyo contenido se da aquí por reproducido en lo que se refiere a salario anual percibido y horas extraordinarias realizadas, así como las cantidades y conceptos remunerados.

2. El trabajador, descontados los conceptos de plus y transporte y de mantenimiento de vestuario, percibió en el año 2005 una retribución anual total de la jornada ordinaria de 9.084,2 euros en el año 2005, de 8.978,56 euros en el año 2006 y de 10.942,26 en el año 2007. En el año 2005 realizó una jornada de 1.039,50 horas, de 1.039,50 horas en el año 2006 y de 1.331,55 horas en el año 2007.



3. La hora extraordinaria debió abonarse en el año 2005 a 8,73 euros, en el año 2006 a 8,63 euros y en el año 2007 a 8,21 euros, haciéndose en cambio por la empresa a las cantidades fijadas en el convenio de, respectivamente, 7,10 euros, 7,29 y 7,41 euros. La empresa adeuda al trabajador un total de 1971,56 euros, resultantes de la referida diferencia (780,28 euros en el año 2005, 938,96 en el año 2006 y 252,32 euros en el año 2007).

4. Por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2007 se declaró la nulidad de los artículos 42.1 a) y 42.1 del Convenio Colectivo estatal de Empresas de Seguridad.

5. Se interpuso demanda de conflicto colectivo para instar la nulidad del convenio colectivo por vinculación a la totalidad, desestimada por resolución de la AN de fecha 5 de marzo de 2010.

6. La parte actora ha intentado la preceptiva conciliación ante la Delegación de Ibiza del TAMIB, sin avenencia. En el referido acto la parte hoy demandada formuló reconvencción por la ruptura del equilibrio interno y de la norma pactada".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Transportes Blindados, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2010 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: " Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Transportes Blindados, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Ibiza/Eivissa, de fecha ocho de abril de dos mil diez , en los autos de juicio nº 128/08 seguidos en virtud de demanda formulada por D. Bernabe , frente a la citada parte recurrente y, en su virtud, SE CONFIRMA la sentencia recurrida. Una vez firme la presente resolución se decreta la pérdida del depósito 150,25 € constituido para recurrir. Dése a la consignación efectuada el destino legal procedente. Se fija en concepto de honorarios de la parte impugnante, Letrado Sr. D. Jorge , la suma de 50 €, a cuyo pago queda condenada la parte recurrente Transportes Blindados, S.A.".

CUARTO.- Por el Letrado Don Miguel Perelló Cuat, en nombre y representación de Transportes Blindados, S.A., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de septiembre de 2008, recurso núm. 2083/08 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 25 de octubre de 2011 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que el recurso debe ser: Parcialmente estimado en cuanto que las horas extraordinarias realizadas por el actor deberán ser abonadas conforme a los parámetros expuestos .Desestimado en cuanto a la petición de que se desestime la demanda por no haber acreditado el actor que se le hubiera abonado la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que correspondería, porque se le abonó conforme a la cuantía fijada en el convenio, debiendo dejarse para la ejecución de la sentencia la determinación de la cuantía exacta de cada hora extraordinaria realizada. Instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de febrero de 2012 ,en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora versa sobre la determinación cuantitativa o modo de cálculo de las indiscutidas horas extraordinarias realizadas efectivamente por el actor, vigilante de seguridad en una empresa en la que resulta de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005/2008 (BOE 10-6-2005), durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2007.

2. Según la demanda, la empresa adeuda al trabajador un total de 3.689,84 € por las diferencias devengadas en dicho período al no haberle satisfecho las horas extras de modo correcto porque en el precio de la hora ordinaria que sirvió de base para el cálculo de la hora extra no se le computaron determinados conceptos, como los pluses de transporte, vestuario, peligrosidad, nocturnidad, festivos y radioscopia o escáner, así como las pagas extraordinarias que, a su entender, son percepciones de carácter salarial y que, por ello, debieron ser tomados en consideración a dichos efectos.

3. La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza/Eivissa estimó parcialmente la demanda, excluyendo del cálculo del valor de la hora ordinaria el plus de transporte y el plus de vestuario por considerarlos de naturaleza extrasalarial, pero incluyendo en el cálculo el resto de los pluses y demás conceptos reclamados por considerarlos de naturaleza salarial, y reconociendo a favor del actor un total de 1.971,56 € correspondientes al período en litigio.



4. Habiendo recurrido en suplicación la empresa, la Sala del TSJ de Baleares, en sentencia de 22 de diciembre de 2010 (R. 503/10), lo desestimó, confirmando así la resolución de instancia.

5. Recurre ahora la empresa en casación unificadora, insistiendo en su tesis original de excluir del cómputo de la hora ordinaria, no sólo los pluses de transporte y vestuario, ya descontados en instancia y en suplicación, sino " *los conceptos de naturaleza extrasalarial sin ningún género de dudas y los complementos salariales que retribuyen circunstancias concretas de la prestación de trabajo, complementos que no obstante se abonarán cuando se den, tanto en el trabajo ordinario como en el trabajo extraordinario* " [el subrayado es de la recurrente]. Pese a esta concreta especificación, el recurso termina solicitando la casación y anulación de la sentencia impugnada y, en consecuencia, "la desestimación de la demanda", sin tener en cuenta que la resolución recurrida, además de computar los complementos antes enumerados (peligrosidad, nocturnidad, festivos y radioscopia o escáner), también ha tomado en consideración otros, como las pagas extraordinarias o la antigüedad, que no retribuyen esas "circunstancias concretas" a las que alude la empresa. El recurso denuncia la vulneración, por interpretación errónea, según dice, del art. 26.1, en relación con el 35.1, ambos del Estatuto de los Trabajadores , así como la interpretación errónea de la sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo del 21 de febrero de 2007 (R. 33/06), y aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008 (R. 2083/08).

Esta sentencia referencial resuelve una reclamación por horas extraordinarias realizadas por dos vigilantes de seguridad al servicio de otra empresa dedicada a la misma actividad, que incluían los pluses de vestuario y transporte, a la vez que los complementos de peligrosidad y nocturnidad, sin haber acreditado la realización de horas extraordinarias en trabajos peligrosos o nocturnos. La Sala de Madrid llegó a la conclusión de que la demanda debía desestimarse en razón a que tanto el plus de transporte como el de vestuario no podían incluirse en el cómputo de la hora ordinaria por no tener la condición de complementos salariales, pues, según dice, "ambos tienen carácter indemnizatorio, conforme a lo dispuesto en el art. 72 del convenio aplicable, al compensar, respectivamente, los gastos de limpieza y conservación de la ropa de trabajo que proporciona el empresario y el desplazamiento al centro de trabajo". Respecto al resto de los conceptos retributivos que analiza y excluye (complemento por trabajo nocturno y complemento por festividad), la desestimación de la pretensión actora se fundamenta en que no se acreditó la realización de ninguna hora extraordinaria en tales condiciones, llegando a afirmar con carácter general que sus conclusiones desestimatorias "resultan del todo coherentes con la regulación legal y la doctrina de la repetida sentencia de 21/2/07 [del Tribunal Supremo], porque, en definitiva, ésta lo que sostiene es que la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el vínculo que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo, como es el salario base, lo que, sin duda, quiere decir que las horas extras no se pueden cuantificar atendiendo sólo al salario base, pero no que se deban determinar en función de todos los complementos percibidos por el trabajador".

6. La contradicción entre ambas sentencias es patente, tal como esta Sala ha decidido en varios procedimientos deliberados el mismo día, en los que la sentencia recurrida procedía del mismo TSJ de Baleares y también era la misma la resolución referencial, puesto que las dos resolvieron de forma claramente contradictoria sendas pretensiones de la igual naturaleza, fundadas en los mismos argumentos y con la misma finalidad de obtener un pronunciamiento sobre conceptos que habían de incluirse en el cálculo de la hora ordinaria, para después servir de módulo infranqueable de la hora extra, habiendo llegado en ambos casos a pronunciamientos distintos en la interpretación de una misma normativa y de un mismo Convenio Colectivo, por lo que procede entrar en la solución de la cuestión de fondo planteada por concurrir las exigencias del art. 217 de la LPL de 1995 , rectora de este procedimiento y del recurso; dándose la circunstancia añadida de que en ambas sentencias se aplica, interpretándola de distinta manera, la doctrina de esta Sala contenida en la STS de 21 de febrero de 2007 (R. 33/2006) que declaró la nulidad del apartado 1.a) del art. 42 Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad que fijaba el valor de las horas extraordinarias laborables y festivas para los vigilantes de seguridad, la del art. 42, apartado b), del mismo Convenio únicamente en cuanto a las horas extraordinarias laborales para el resto de las categorías profesionales, y la del punto 2 del mismo art. 42 que fija un valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente.

SEGUNDO.- 1. La empresa recurrente parte de la base de que nuestra sentencia de 21 de febrero de 2007 estableció un criterio interpretativo general, que fue específicamente concretado en el Auto de aclaración dictado en 28 de marzo de 2007, en el que ya se dijo que la sentencia no podía abordar, por su carácter de pronunciamiento colectivo y abstracto, "disquisiciones sobre la cuantificación del salario base y de los salarios complementarios que integran la estructura salarial, lo que en su caso sería objeto [decía] de conocimiento en un posterior proceso de reclamación de cantidades por diferencias en el pago de horas extraordinarias...", como en el que ahora nos encontramos.



La recurrente, en su escrito de interposición o formalización sostiene, como ya argumentó en la instancia, que los complementos convencionalmente establecidos para retribuir una específica situación o condición de trabajo (nocturnidad, peligrosidad, festividad, etc.) habrán de integrar el pago de la hora extraordinaria efectivamente realizada en tal situación o condición pero no las horas extraordinarias trabajadas al margen de ellas. Postula pues, como arriba dijimos, la desestimación de la demanda (en la que el actor, para cuantificar el importe de la hora extraordinaria, decía incluir tanto la prorrata de las pagas extraordinarias y la antigüedad como los complementos de nocturnidad, festividad y análogos), tanto porque, según sostiene, no deben computarse ninguno de esos conceptos para la determinación del precio de la hora ordinaria como porque el propio demandante no ha acreditado que las horas extraordinarias reclamadas se hubieran prestado en las circunstancias concretas para las que está previsto el abono de los complementos en cuestión.

2. La parte recurrida manifestó su disconformidad con los motivos y fundamentos del recurso de la empresa, defendiendo como adecuada a derecho la interpretación hecha por la Sala de suplicación apelando a los pronunciamientos anteriores de esta Sala, reforzando su propuesta desestimatoria del recurso en razón a que la propia Sala enjuiciadora de la sentencia de contraste ha modificado su anterior criterio anterior, en decisión tomada unánimemente por la totalidad de los Magistrados que la integran (STSJ de Madrid, del Pleno, del 16 de septiembre de 2011 (R. 5894/10).

3. Por su parte, el Ministerio Fiscal se manifestó en lo fundamental a favor de la tesis de la recurrente aunque solicitó la estimación parcial del recurso "en cuanto que las horas extraordinarias realizadas por el actor deberán ser abonadas conforme a los parámetros expuestos" ("no se pueden cuantificar atendiendo sólo al salario base"), pero su desestimación en todo lo demás "por no haber acreditado el actor que se le hubiera abonado la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que correspondería (...), debiendo dejarse para la ejecución de sentencia la determinación de la cuantía exacta de cada hora extraordinaria realizada".

TERCERO .- 1. Llamamos la atención en relación con la cuestión aquí planteada, igual que ya hemos constatado en ocasiones anteriores, en las que coincidían la empresa demandada y los tribunales sentenciadores de las resoluciones sometidas al juicio de identidad, dos peculiaridades que se aprecian tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste y que no suelen darse en una pretensión de condena al pago de una cantidad, como lo es la que constituye el objeto del presente procedimiento; son las siguientes: que la cuestión haya girado exclusivamente sobre las cantidades que integran el concepto "hora extraordinaria" sin atender a qué concretas horas extraordinarias se reclaman (diurnas, nocturnas, realizadas en festivo, etc.) y que ambas sentencias hayan interpretado y aplicado de distinta forma la sentencia de esta Sala de 21-2-2007 (R. 33/2006), por la que, en lo que aquí interesa, se declaró la nulidad del cálculo de las horas extraordinarias que se contenía en el art. 42.1.a) del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de Seguridad, y el punto 2 del artículo 42 que fija un valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias en dicho sector de la actividad laboral.

2. El hecho de que sea la interpretación de aquella sentencia en relación con lo que respecto del alcance del valor de la hora ordinaria dispone el art. 26 del ET y el mínimo a retribuir la hora extraordinaria según el art. 35 ET , y de que ése sea el principal objeto de discusión en estos procesos exige situar aquella nuestra sentencia en su verdadero contexto para llegar a un entendimiento adecuado de lo que en ella se dispuso en aplicación de lo dispuesto en los precitados preceptos estatutarios, precisando además que lo que se dijo en otra sentencia posterior de fecha 10-11-2009 (R. 42/2008), también citada por ambas partes, no hizo más que confirmar la anterior aplicando el principio de la cosa juzgada. A tal efecto, es necesario resaltar que la primera de nuestras resoluciones -la de 21/2/2007-, después de hacer un excursus por los antecedentes legislativos sobre el particular, sostiene con claridad que, conforme a lo dispuesto en el art. 26 ET , debía considerarse como salario referencial para el cálculo de la hora ordinaria, no solo el salario base, como se disponía en el art. 42.2 del Convenio, sino todos los complementos salariales, entendiéndose por ello que en la norma convenida no se respetaba la exigencia de derecho necesario del art. 35 ET cuando establece que el valor de la hora extraordinaria será, como mínimo, el de la hora ordinaria, y entendiéndose en base a ello (con cita de copiosa jurisprudencia en el mismo sentido) que lo dispuesto en el art. 42.2 del Convenio y, en correspondencia con él, que el cálculo que para cada categoría profesional se contenía en el art. 41.2 a) del mismo, eran contrarios a derecho. Y con arreglo a dicho criterio declaraba nulos ambos preceptos, pero derivado el segundo del inaceptable art. 42.2 en el que -recordemos- se decía lo siguiente (textual):

"2. Valor de la Hora Ordinaria. A los únicos efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias incluidas en los apartados a) y b) precedentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores , ambas partes acuerdan que el Valor de la Hora Ordinaria es igual al cociente de dividir el salario base mensual de cada categoría laboral entre el número de horas mensuales de trabajo efectivo fijado en el artículo 41 del presente Convenio, quedando excluidas las pagas extraordinarias, así como los complementos retributivos, sean fijos o variables, salariales o extrasalariales de Convenio o fuera de Convenio".



Así pues, la declaración de nulidad era claramente acomodada a lo dispuesto en el art. 35 ET en cuanto que en el cálculo de las horas extraordinarias sólo se incluía el salario base y se excluía cualquier complemento: lo que se dijo en aquella sentencia, en concreto en el fundamento tercero, era que *"en definitiva, y como aconteció en su regulación histórica, la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el cordón umbilical que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo como es el salario base, y de aquí que la proclamada conformidad que hace la norma convencional litigiosa contenida en el art. 42 del Convenio, con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores no existe y ello por una sencilla razón: la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario"*.

3. Siendo esto lo que la sentencia dijo, la interpretación que de ella se ha hecho por la sentencia recurrida, es, tomando en su estricta literalidad lo dicho en la misma con el carácter general y abstracto propio de una sentencia de conflicto colectivo, que todas las horas extraordinarias se deben retribuir a partir del valor de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin tomar en consideración ni distinguir entre complementos personales o generales y otros complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo; y en base a ese entendimiento ampliado de lo que la sentencia aquélla vino a decir, ha sostenido, siguiendo la tesis del demandante, que en el cálculo de la hora ordinaria y con repercusión en todas las horas extraordinarias, debían incluirse todos estos conceptos sin distinción.

Por el contrario, la sentencia de contraste ha sabido distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado. Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, como igualmente ha hecho el Ministerio Fiscal en su informe.

En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto, deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular".

4. En el presente caso, el actor solicita que se le abonen todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de conceptos tales como los de "plus de peligrosidad", "plus de escolta", "plus de radioscopia" y "plus festivos", cuando todos ellos, igual que el "plus de trabajo nocturno", vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan en las circunstancias y condiciones que el propio precepto establece. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo", de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones, es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se soliciten cuando no se preste el trabajo en tales situaciones.

Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dichos complementos la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en ese caso no tendría derecho a percibir el complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35 ET, a salvo que el Convenio dijera lo contrario, si se abonara en el caso como hora extraordinaria lo que no se tenía derecho a percibir como hora ordinaria, que es la garantía de referencia conforme a dicho precepto legal.

En otras palabras, la hora extraordinaria tendrá exactamente la misma retribución que la hora ordinaria, si se realiza en las mismas condiciones que ésta. Si en el valor de la hora ordinaria está incluido un plus de penosidad, por realizarse el trabajo en determinadas condiciones -por ejemplo a la intemperie- la hora extraordinaria tendrá este plus si el trabajo se realiza en las mismas condiciones. Por contra, si el trabajo en horas extraordinarias no se realiza en esta circunstancia -no se realiza a la intemperie sino en el interior de la empresa- no se incluirá en el valor de la hora extraordinaria el plus de penosidad. Si el trabajo en horas ordinarias no se realiza a la intemperie sino en el interior, no conllevará el plus de penosidad, pero si la hora extraordinaria se realiza a la intemperie si se le aplicará este plus, con lo que en este concreto supuesto el importe de la hora extraordinaria será superior al de la hora ordinaria.

5.- De acuerdo con todo lo precedentemente razonado, el actor, para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias, debió acreditar que las que solicita las trabajó de escolta, utilizando radioscopia, en día festivo o en las condiciones de peligrosidad que el Convenio contempla, y sólo entonces



podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (R. 33/2011).

CUARTO.- Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque el actor no tiene derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa le ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo correcto de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto por la empleadora, aun así, se la condene a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por TRANSPORTE BLINDADOS, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza, en autos núm. 128/08, a instancia de DON Bernabe contra TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., sobre reclamación de cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida por no estar acomodada a derecho, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte la demanda formulada condenando a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extra realizadas por el período reclamado y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución. Sin costas.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir y respecto de la cantidad consignada estése a lo indicado en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.