

Roj: **ATS 2642/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2642A**Id Cendoj: **28079140012016200593**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/02/2016**Nº de Recurso: **264/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D^a. **Rosa María Virolés Piñol**.

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 22 de diciembre de 2014, se dictó sentencia en el presente recurso de casación. El Letrado D. Francisco Conde Viñuelas en nombre y representación de ATESE, ATENCIÓN Y SERVICIOS, S.L. promovió "INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES", contra dicha sentencia. Por providencia de 26 de marzo de 2015 se admitió a trámite dicho incidente y dado traslado a las partes, se presentó escrito de alegaciones por la representación letrada de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares y el Ministerio Fiscal emitió informe interesando que se declare no haber lugar a la nulidad de actuaciones. Se han observado los requisitos legales, salvo los relativos al plazo para dictar esta resolución, por acumulación de asuntos.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Esta Sala, en sentencia de 22-diciembre-2014 (rco. **264/2014**) fallo: "*Desestimamos el recurso de casación formulado por la mercantil ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma de Mallorca) el 20 de diciembre de 2013, en el procedimiento de conflicto colectivo número 11/2013, seguido a instancia del Sindicato UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), al que se adhirieron los Sindicatos CSI-CSIF, CCOO y UGT contra la empresa ahora recurrente. Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución. Sin costas*".

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión del asunto, cabe destacar que:

a.- Por Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares se presentó demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en la que se suplicaba se dicte sentencia en la que "con estimación de la demanda, se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho la modificación efectuada a los trabajadores el pasado 2 de agosto de 2013, debiendo reponer a los actores a las condiciones laborales que disfrutaban con anterioridad a dicha modificación".

Seguido el procedimiento por sus trámites, se celebró el juicio el día señalado, sin que la demandada ATESE compareciera al mismo no obstante estar citada en forma, según consta en el acta de juicio.

b.- Con fecha 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), debemos declarar y declaramos no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto



de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo."

c.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "**Primero.**- En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) denuncia la aplicación el convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70; **Segundo.**- En fecha 17 de noviembre de 2013 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio; **Tercero.**- Que al abonarse la nómina de julio 2013, la empresa procedió a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa."

d.- Contra la referida sentencia se formaliza por ATESE -que no compareció al acto de juicio- recurso de Casación, articulando dos motivos de recurso:

El primero, al amparo del art. 207 d) LRJS, por "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos con otros elementos probatorios", en cuanto al error sufrido en la transcripción de las fechas de denuncia del convenio y de constitución de la mesa negociadora.

Y el segundo, de infracción de normas jurídicas, al amparo del art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 86.3 párrafo 4º ET en redacción dada por Ley 3/2012, y DT 4ª Ley 3/2012, por entender que puesto que la empresa denunció el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el 08-07-2013, sin que exista convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio colectivo no pueden seguir aplicándose.

TERCERO.- La sentencia dictada por esta Sala de 22-diciembre-2014 (rco. **264/2014**), que desestima el recurso de casación formulado por ATENCIÓN Y SERVICIOS SL.(ATESE), accede a la revisión fáctica interesada, por tratarse de un obvio error de transcripción de las fechas.

Y respecto al motivo de infracción de normas jurídicas, la Sala efectúa un análisis de las normas cuya infracción se denuncia (arts. 86.3 pfo. 4º ET y DT 4ª de la Ley 3/2012 .

Indiscutido ya que en el caso, no existe Convenio Colectivo de ámbito superior, ni existe "pacto en contrario" que prorrogue la ultraactividad del convenio, la Sala se plantea previamente la cuestión, en un supuesto particular como el presente, de cómo habrán de regularse a partir de la pérdida de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes. Tras una referencia a las tesis doctrinales que más se adaptan a las posturas contrapuestas mantenidas por las partes, es decir, la tesis que se ha venido a denominar "rupturista", según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido; y la que se ha venido a denominar "conservacionista", según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

La Sala analiza esquemáticamente ambas tesis, y entiende que la jurídicamente correcta es la que se ha venido a denominar "conservacionista". A partir de ahí, y en aplicación estricta del art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece el orden de prelación de las "Fuentes de la relación laboral", concluye que las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo, que tiene la función constitutiva de la relación jurídico-obligacional, y reguladora de la misma. Así, dado que el contrato de trabajo, en el supuesto concreto, remite al convenio colectivo aplicable, siendo lo cuestionado el salario del trabajador, la Sala concluye en la corrección de la sentencia recurrida al señalar aquél es el señalado en el convenio colectivo y que ha de mantenerse; si bien la Sala matiza, que a tal conclusión se llega no por la contractualización operada por la Sala de instancia, sino de la propia previsión del contrato de trabajo, aunque por remisión al convenio colectivo, el resultado de la pretensión sea el mismo.

Concluye la Sala señalando que con ello se cumple el mandato del legislador, añadiendo que las condiciones contractuales carentes ya del sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal, recordando que, "*aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena*



fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET ". Finalmente, se desestima el recurso, confirmando la sentencia recurrida por las razones expuestas.

La sentencia contiene cuatro votos particulares, dos de ellos autocalificados como concurrentes y dos más sin calificar.

CUARTO.- 1. - Por la demandada ATESE, ATENCIÓN Y SERVICIOS SL, se promueve el presente incidente de Nulidad de Actuaciones contra la sentencia dictada por esta Sala IV/TS de 22-diciembre-2014 (rco. **264/2014**). El incidente se funda, según se indica textualmente, "en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el artículo 24 de la Constitución (CE) y que se encuentra entre los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE .".

El incidente se articula en un motivo único, con el enunciado de "*Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en relación con -entre otros- los artículos 117.1 y 120.3 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho*".

El recurrente se refiere en primer lugar a la "*doctrina constitucional sobre el derecho a obtener una resolución fundada en derecho*". Y seguidamente, se refiere a las infracciones que estima adolece la sentencia, que se resumen en entender primero que la Sentencia adoptada por la Sala en Pleno, partiendo de los votos particulares formulados, no cuenta con los apoyos necesarios para la válida conformación de la voluntad judicial; falta de motivación de la sentencia que entremezcla con el apartado anterior en una descomposición artificiosa; y finalmente en su discrepancia sobre el fondo y con referencia al derecho sustantivo aplicado, refiere un apartado que viene a titular como "*Resolución no fundada en Derecho por su rebelde resistencia a la aplicación de la ley*".

QUINTO.- Examinando las cuestiones planteadas, ha de señalarse, siguiendo la doctrina de esta Sala IV/TS, que:

1.- El excepcional incidente de nulidad de actuaciones se configura, especialmente, en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en redacción dada por la Disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24-mayo , estableciendo que: " *1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario* ".

2.- Como recuerdan los recientes AATS/IV de 11-enero-2016 (rcud. 3477/2014 y 96/2015), es reiterada la doctrina de esta Sala (entre otros muchos, AATS/IV 8- octubre-2009 -rcud 2215/2008 , 19-marzo-2014 -rcud 3287/2012), que " *el incidente de nulidad no constituye el cauce procesal adecuado para proceder a un nuevo examen que permita declarar la nulidad de la resolución litigiosa, en cuanto, bajo el cauce formal de un incidente de nulidad, lo que se pretende realmente es establecer, unilateralmente, una nueva y distinta valoración jurídica a la realizada por la Sala de casación* ".

3.- Como recuerda, entre otros, el ATS/IV 26-marzo-2014 (rcud 11/2013 , Pleno), el Tribunal Constitucional, -- como se refleja, entre las más recientes, en la STC 9/2014 de 27 de enero (BOE 25-02-2014) --, viene elaborando una doctrina sobre el incidente de nulidad de actuaciones, de la que es dable destacar la relativa a:

a) La función institucional que cumple el incidente excepcional de nulidad de actuaciones como instrumento de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, resaltando que ya la STC 107/2011, de 20 de junio , expresa que en el incidente de nulidad « *se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo* » y añade: « *De esta forma, se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre ...), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)* ».



b) Resalta y advierte, cuando se denuncian vicios de la sentencia no controlables por ulteriores recursos, que *" las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, cuando es procedente su planteamiento, implican la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria, lo cual resulta más grave en supuestos, como el presente, en que estamos ante una Sentencia de única instancia firme, por lo que el único mecanismo de tutela ordinaria de los derechos fundamentales vulnerados en el proceso a quo, singularmente las referidas a vicios de la Sentencia, es precisamente el incidente previsto en los arts. 241 LOPJ y 228 LEC "*.

c) Destaca la función de este incidente en temas relativos a la incongruencia de la sentencia, razonando que *<< constituye un remedio destinado a reparar los defectos de la resolución no recurrible que originen cualquier vulneración de un derecho fundamental, entre ellos, la incongruencia omisiva en que puedan incurrir las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 28/2004 , de 4 de marzo...; 235/2005 , de 26 de septiembre...; y 155/2007, de 18 de junio ...). Del mismo modo, hemos señalado en varias ocasiones (SSTC 174/2004 , de 18 de octubre...; 268/2005 , de 24 de octubre... y 288/2005, de 7 de noviembre ...), que el incidente de nulidad constituye un medio igualmente idóneo para denunciar la incongruencia que el establecido en el art. 215.2 LEC , precepto que recoge la posibilidad de solicitar el complemento de las «sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso »>>*.

d) Recuerda el papel de los jueces ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales, razonando que *<< el protagonismo otorgado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a los Tribunales ordinarios, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria, debe ser puesta en conexión con la especial trascendencia constitucional a que hizo referencia la STC 43/2010, de 26 de julio ..., al afirmar que «el incidente de nulidad de actuaciones era un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental en cuestión, y que su resolución debía tener presente que -de no tener el caso trascendencia constitucional- se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada »>>*.

e) Establece que *<< no puede considerarse el incidente como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ), en los términos literales que reconoce la invocada STC 153/2012 »>>*.

f) Sienta que *<< En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier **derecho fundamental** que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley y su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ , que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales. Una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional »>>*.

g) Configura la función a realizar por los Tribunales ordinarios en este incidente, señalando que *<< el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión, de lo que resulta la especial trascendencia constitucional de este recurso conforme al art. 50.1 b) LOTC »>>*.

4.- Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha concretado, entre otras, en su SSTC 208/2013, de 16 de diciembre (BOE 17-01-2014) y 176/2013, de 21 de octubre de 2013 (BOE 20-11-2013), su doctrina acerca de la procedencia o improcedencia de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo constitucional, con el reflejo que ello puede comportar en la declaración de extemporaneidad del recurso de amparo de haberse formulado tal incidente cuando manifiestamente no procedía. Así se ha declarado:

a) *<< Recordemos que la reciente STC 176/2013, de 21 de octubre , que reitera una jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal, advierte que el recurrente se puede encontrar ante una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso puede ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio, apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera, en rigor, procedente (STC 255/2007, de 17 de diciembre ...) »>> (STC 208/2013).*



b) <<... en el proceso judicial del que este recurso de amparo trae causa, el objeto central de controversia a lo largo de sus tres instancias consistió en si se habían vulnerado los derechos del demandante a la propia imagen y a la intimidad o si, por el contrario, la conducta del demandando se encontraba amparada por el ejercicio del derecho a la información, obteniéndose una respuesta judicial no uniforme en las Sentencias de instancia y apelación, por una parte, y casación, por otra. De haber planteado el incidente de nulidad de actuaciones, los recurrentes habrían denunciado la conculcación, por parte de la Sentencia dictada al resolver el recurso de casación, de los mismos derechos fundamentales que, tanto la Sentencia dictada en la instancia como la recaída al resolver el recurso de apelación, reconocieron como efectivamente vulnerados por los demandados en el proceso civil. Ello habría supuesto que la interposición del referido incidente habría tenido por objeto el replanteamiento integral de la estimación del recurso interpuesto por aquéllos, es decir su desestimación, con la consiguiente modificación radical del fallo y de la fundamentación jurídica utilizada para reconocer la prevalencia ad casum del derecho a difundir información. En tales condiciones, no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que éste reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial. Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas (STC 182/2011, de 21 de noviembre ... >>.

La sentencia respecto a la que la demandada promueve incidente de nulidad de actuaciones, como es de ver, da cumplida respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas en el escrito de recurso de casación formulado por esta misma parte, por lo que no son atendibles las razones expuestas en el incidente, sin perjuicio de cuanto se dirá, que evidencia simplemente el desacuerdo de la demandada ATESE instante del mismo con la sentencia dictada por esta Sala, y pretende en realidad, supliendo su incomparecencia al acto de juicio por decisión voluntaria, un nuevo examen de las cuestiones suscitadas en el trámite de casación sobre el fondo del asunto. Tal pretensión no tiene encaje en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en ningún caso puede ser objeto de un incidente de nulidad en los términos previstos en el art. 241 LOPJ .

SEXTO.- No obstante cuanto precede, cuestionando quien promueve el incidente que la sentencia dictada por la Sala en Pleno refleje la voluntad de la mayoría de sus componentes, partiendo de los votos particulares formulados, pasa a analizarse dicha cuestión.

Entiende el promotor del incidente que la decisión de la Sala IV en Pleno no fue acordada por mayoría válida porque sólo la suscriben 6 Magistrados de los 14 que integraron el Pleno.

Tal afirmación no puede por más que rechazarse, por cuanto,

La votación se realizó en los términos acordados por el Presidente de la Sala, conforme al art. 254 LOPJ , cumpliendo los requisitos previstos en el art. 255 de la LOPJ que prevé que " Los autos y las sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos".

Tal y como prevé el art. 260 LOPJ , "Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia".

En el caso, al momento de la votación del presente asunto, se obtuvo una mayoría absoluta de 8 sobre 14, anunciándose en el mismo momento la formalización de un voto particular, al que posteriormente se adhirieron cuatro Magistrados. Finalmente la sentencia contiene cuatro votos particulares, dos de ellos autocalificados como concurrentes suscritos por Magistrados que conforman la mayoría absoluta de ocho y dos más sin calificar.

Ha de recordarse que, el voto es discrepante, cuando la disconformidad de quien lo suscribe está relacionada tanto con la motivación, como con la parte dispositiva o fallo de la sentencia; mientras que el voto concurrente, surge cuando el Juez o Magistrado está conforme con la decisión del caso plasmada en la parte dispositiva o fallo, pero discrepa con algún elemento de la motivación o criterio expuesto en la sentencia.

En todo caso, la mayoría absoluta se conforma en el momento de la votación conforme al art. 255 LOPJ , y así sucedió en el caso al alcanzar la votación el resultado de 8 sobre 14, fijándose así el contenido y alcance de la sentencia aprobada mayoritariamente.

Ello lo enlaza la parte que promueve la nulidad para entender que la decisión final es arbitraria, por ser fruto de un voluntarismo judicial coincidente solo en el fallo y no en la motivación; y es desde este punto de vista, que ha de rechazarse, que entiende la parte instante del incidente que la sentencia carece del razonamiento jurídico que le es exigible.

Nos remitidos a cuanto precede para rechazar asimismo esta alegación o denuncia.



SÉPTIMO.- Por último el promotor del incidente articula un apartado titulado "*Resolución no fundada en Derecho por su rebelde resistencia a la aplicación de la Ley*".

En este apartado donde ATESE pone en evidencia su verdadera pretensión al instar el presente incidente, que no es otra que su desacuerdo, respecto al fondo del asunto, con la sentencia dictada por esta Sala, y pretende un nuevo examen de las cuestiones suscitadas en el trámite de casación sobre el mismo, lo cual no tiene encaje en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en ningún caso puede ser objeto de un incidente de nulidad en los términos previstos en el art. 241 LOPJ . por lo que la Sala no debe acceder a tal pretensión y rechazarla.

No obstante ello, y sin ánimo de calificarlos aquí y ahora, sí cabe reprobar los descalificativos que utiliza el instante del incidente para exponer su pretensión. Así, refiere: Que la sentencia "*es fruto de una resistencia por parte del órgano jurisdiccional a aplicar la ley (artículo 86.3 TRLET)*", para pasar a analizar de nuevo bajo su punto de vista e interés los preceptos ya examinados por la Sala; Que la resolución conduce "*a un fallo voluntaristamente predeterminado bajo concepciones de un particular sentido de equidad...*". -

Asimismo, señala que "*la Sala no puede obviar esa obligación de aplicar la Ley, y en su caso de plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad*". Ello se plantea *ex novo* en este incidente, si bien ha de recordarse que es doctrina de esta Sala IV/TS, contenida entre otras muchas en la STS de 4-mayo-2015 (rco.127/2014) y las que en ella se citan, que: "*Sobre esta pretensión que no se planteó en la instancia, conviene recordar la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia de 16-01-2012 (R. 13/2011) en un supuesto parecido diciendo: "Dispone el art. 5.2 y 3 de la Ley Orgánica 6/1985 , de 1 julio 1985. Poder Judicial (LOPJ) que " 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica " y que " 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional ". Es por tanto exigible, conforme a la LOPJ, – sin perjuicio, como veremos de lo que dispone la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre 1979, Tribunal Constitucional (LOTC) –, que sea el órgano judicial, y no las partes, el que considere que la norma, con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución y, en su caso, por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, pero " tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme a la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 105/1988, de 8 de junio ...; 273/2005, de 27 de octubre ... por todas " (ATC 328/2007 Pleno, de 12-julio)."*

"... Por su parte, la LOTC no confiere legitimación a los partes de un litigio judicial ni para formular recurso de inconstitucionalidad (art. 32 LOTC), ni para pretender de forma vinculante que el juez o tribunal competente para conocer del litigio deba promover la cuestión de inconstitucionalidad, aunque pueda meramente instar su planteamiento (art. 35.1 LOTC) y deba ser oída de pretender formularse de oficio o a instancia de la otra parte y, en su caso, pueda instar su planteamiento "*de nuevo en las sucesivas instancia o grados en tanto no se llegue a sentencia firme*" (art. 35.2 LOTC reformado por LO 6/2007 de 24-mayo) –; atribuyendo la LOTC, en exclusiva, al correspondiente juez o tribunal la decisión sobre su planteamiento (" *Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley*" - art. 35.1 LOTC); y, únicamente, posibilita que las partes del proceso judicial puedan, en su caso, formular el recurso de amparo constitucional contra actos u omisiones de los órganos judiciales (arts. 44, reformado por LO 6/2007 y 46.1.a LOTC); y el que sea, si procede, la propia Sección o Sala del Tribunal Constitucional que conozca de un recurso de amparo, y no los litigantes en amparo, la que eleve al Pleno la cuestión si la norma de rango legal aplicable pudiera violar derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2 LOTC reformado por LO 6/2007 -" *En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes*")."

"... En interpretación de los referidos preceptos de la normativa orgánica, y de los correlativos de similar contenido contenidos en los textos precedentes de la propia LOTC, la jurisprudencia constitucional ha declarado que:

A)" *El planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa, exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar (STC 148/1986, de 25 de noviembre ...), siendo, por tanto, presupuesto inexcusable, que el órgano judicial que promueve la*



cuestión sea competente y haya, por tanto, de pronunciarse, en principio, sobre el fondo del litigio sometido a su conocimiento (ATC 470/1988, de 19 de abril ...) " (STC 96/2001 Pleno de 5-abril), añadiendo que " pueden no plantearla si estiman constitucional y, por lo tanto, aplicable la Ley cuestionada (SSTC 159/1997, de 2 de octubre ...; 119/1998, de 4 de junio ...; y 35/2002, de 11 de febrero ...) " (STC 173/2002 de 9-octubre), y que, en definitiva, los jueces y tribunales " por el mero hecho de no suscitarse y aplicar la ley que, pese a la opinión contraria del justiciable, no consideran inconstitucional, no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva de éste (SSTC 148/1986 , 23/1988 , 67/1988 y 119/1991) " (STC 130/1994 de 9-mayo).

B) En consecuencia, y en cuanto ahora más directamente nos afecta, se afirma que el " art. 35 de la LOTC no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el art. 163 CE , sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver (SSTC 133/1987 , 119/1991 y 151/1991) " (STC 130/1994 de 9-mayo) y que "«el art. 35 de la LOTC no obliga a que un órgano judicial plantee la cuestión cuando se lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o el Tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución» ... El citado art. 35 de la LOTC no contiene un recurso a disposición de las partes de un proceso, del cual haya sido privado el recurrente. Por el contrario, la cuestión de inconstitucionalidad es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial. La decisión de este respecto al planteamiento de la cuestión no afecta, pues, al derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo. La circunstancia de que las partes y el Fiscal deban ser oídos antes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ... no significa en modo alguno que ellos tengan un «derecho» a que los órganos expresen dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable y por consiguiente utilicen este medio jurídico de protección de la supremacía del derecho constitucional " (entre otras, SSTC 133/1987 Pleno de 21-julio , 151/1991 de 8-julio).

OCTAVO.- Cuanto precede avala y reafirma la desestimación del presente incidente. La Sala explica detenidamente las razones que han llevado a su decisión; y cuestión diferente es que los razonamientos de nuestra resolución no coincidan con las opiniones de la parte demandada y ahora promotora del incidente de nulidad; pero sobre esta discrepancia nada habría que decir en un trámite excepcional, como el incidente de nulidad de actuaciones. Como se ha dicho, lo que la parte instante del incidente pretende realmente ahora, a través de esta vía procesal, es la reiteración de los motivos y argumentos que no prosperaron en la tramitación ordinaria del propio recurso de casación, -teniendo en cuenta que no compareció en instancia al acto de juicio por voluntad propia-, y por ello ha de ser rechazado (en análogo sentido, entre otros, AATS IV 20-abril-2010 -rcud 874/2009 , 17-mayo-2010 -rcud 1194/2009 , 19-mayo-2010 -rcud 4/2009 , 17-mayo-2010 -rcud 1852/2009 , 19-mayo-2010 -rcud 1714/2009 , 27-septiembre-2010 -rcud 93/2009 , 14-octubre-2010 -rcud 45/2009).

Procede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, decretar la desestimación del incidente de nulidad de actuaciones suscitado por la referida parte demandada y recurrida, Con costas y sin que contra este auto quepa recurso alguno en vía jurisdiccional, dado que establece el art. 241.2.II y III LOPJ que " Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.- Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno ".

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

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la representación procesal de ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE), respecto a la sentencia de esta Sala de fecha 22-diciembre-2014 (rco. **264/2014**), recaída en el recurso de casación interpuesto por la instante del incidente, contra la sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2013 (proc. 11/2013) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares , en procedimiento seguido a instancias de la UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LES ILLES BALEARS, contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), siendo llamados CSI-CSIF, CC.OO. y UGT. Con imposición de las costas a la promotora del incidente y sin que contra este auto quepa recurso alguno en vía jurisdiccional.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.