

El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo

Antonio Ojeda Avilés

*Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. Introducción.—II. El régimen jurídico del voto particular.—III. Fenomenología del voto particular masivo en la Sala Social del Tribunal Supremo.—IV. Breve historia del voto particular masivo en la Sala Social del Tribunal Supremo.—V. Conclusiones y propuestas.

I. INTRODUCCIÓN

En la celeridad de los tiempos, tendemos a confundir lo habitual con lo exclusivo, y las excepciones a lo común nos parecen patologías a las cuales debe darse un tratamiento aislacionista. Las sentencias del TS llegan a los diferentes repertorios con el marchamo habitual de su obtención por mayoría absoluta, y cuando advertimos que se han producido votos particulares la tentación irresistible de no leerlos, de considerarlos como una opinión derrotada e inútil, expresión del orgullo de un magistrado cuya voz no fue atendida por el resto de sus compañeros, nos conduce de ordinario a ignorarlos. Otra cosa son los votos particulares del TC, a los que probablemente por la enjundia de las sentencias y la menor cadencia de su producción tendemos a leer habitualmente.

El voto particular en las sentencias de la Sala Social del TS tiene algunas peculiaridades que lo apartan de su consideración como anómalo, aunque siempre se trate de un medio excepcional de opinión. No puede ser anómalo lo que se produce con tanta frecuencia y encierra contenidos tan trascendentales para el Derecho del Trabajo. Menos aún, cuando en los últimos años el voto particular congrega con frecuencia a buen número de los magistrados de la Sala, que además suele constituirse como Sala General, con lo que puede haber diecisiete magistrados con derecho a voto, y en algún caso han votado en contra de la sentencia mayoritaria ocho magistrados, contra nueve a favor. Semejante voto no es anómalo, y si como dice la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) bastan tres magistrados para formar Sala, el número y prestigio de los discrepantes en los casos que menciono le confieren mucha mayor autoridad de la ordinaria.

Por qué desde no hace muchos años, y por qué casi de manera exclusiva en la Sala Social se producen estos votos particulares masivos, son cuestiones que nos conducen a interrogarnos por las causas y por los casos en que se producen, así como por sus efectos. Es claro que en tales circunstancias la parte vencida puede albergar sentimientos encontrados al contemplar la relación de magistrados que han votado «a su favor», e incluso los especialistas y operadores del Derecho plantearse serias dudas sobre la necesidad de que una sen-

tencia, que en definitiva dirime un pleito, ponga de relieve las incertidumbres del propio tribunal sobre lo acertado de la solución que ha obtenido tan precaria mayoría.

El análisis que sigue a continuación se basa en una recopilación de las sentencias dotadas de voto o votos de este tenor, efectuada a través de los repertorios al uso. No es fácil el rastreo de ellas, pues los repertorios no son exhaustivos, en muchas sentencias se anuncian votos que después no aparecen en el texto proporcionado, y no pocas veces hay confusiones en los nombres de los magistrados discrepantes: no es un tema principal para las editoriales, por cierto, el recoger fielmente los votos particulares. Parte de las ausencias, omisiones y errores corresponden también a quien esto firma, y desde ahora advierto que el seguimiento de semejante «contracultura», o si se quiere, la fotografía de los remolinos que aparecen en la corriente principal de la jurisprudencia social, no ha sido tarea fácil, y puede no ser todo lo exacto que hubiera deseado. Por otro lado, como hasta cierto punto se trata de una pequeña crónica de la heterodoxia judicial, pido también disculpas a los magistrados de la Sala de lo Social del TS en lo que puedan sentir hollado un recinto de la máxima dignidad, que trato de hacer con el mayor de los respetos.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL VOTO PARTICULAR

Las sentencias de los tribunales colegiados, como se sabe, se forma por mayoría absoluta de sus miembros, como es habitual en los órganos colegiados, pudiendo exigirse mayoría cualificada en algún caso, pero no un mínimo de votos (1). La LOPJ 6/1985 dedica algunos artículos desperdigados al tema de la discrepancia en el seno de dichos tribunales, que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (LEC) reúne con mayor armonía en artículos contiguos, aunque manteniendo absolutamente los contenidos y la filosofía del voto particular.

Dos posibles situaciones aparecen juntas en ambos textos como expresión de la falta de consenso: el voto particular, y la falta de mayoría absoluta. Llama la atención el concepto utilizado por la LOPJ para denominar esta última situación: *discordia*, y cuando no se consigue la mayoría de votos sobre cualquier pronunciamiento de hecho o de derecho en una siguiente votación, una nueva vista deberá celebrarse en la que el art. 263 califica como Sala de Discordia, con mayúsculas. La LEC traslada al título del art. 202 dicho apelativo, «Discordias», y alude asimismo a la eventual celebración de una nueva «vista de discordia». Creo que claramente aparece de manifiesto la repugnancia del legislador a una situación motivada muchas veces por la composi-

(1) Arts. 255.2 LOPJ 6/1985 y 201 LEC 1/2000.

ción en número par de los tribunales colegiados, bien de manera eventual o de forma permanente (2). La Sala de lo Social del TS cuenta habitualmente con trece o quince magistrados, pero las bajas de mayor o menor duración pueden llevar a empates, en donde el voto del presidente no tiene valor dirimente.

Pues bien, el voto particular masivo en el que nos fijaremos a lo largo de este análisis participa bastante de las circunstancias de la llamada *discordia*, pues un número conspicuo de magistrados se enfrenta a la opinión de la mayoría: dos magistrados de cinco en una Sala de composición ordinaria (3), cinco o más en Sala general (4), tratándose por añadidura de expertos de reconocida solvencia y experiencia, no dejan lugar a dudas de que la opinión sustentada es muy seria, y a ello se aplican los minoritarios con toda su ciencia y paciencia, al punto de que en no pocas ocasiones el voto particular supera en extensión y prolijidad al mayoritario. La LOPJ parece complacerse en el equívoco, pues obliga a redactar el voto particular como si de otra sentencia se tratase, y a notificarlo y publicarlo en unión de la sentencia (mayoritaria) (5). Seguramente el motivo de tan inesperado refuerzo consista en permitir una mayor nitidez en los contrastes entre ambos pareceres, aunque para el lego parezcan en la práctica dos sentencias, de las cuales una vale y la otra no, sin que el contraste permita legitimar siempre a la vencedora, pues también con frecuencia el voto particular se halla mejor argumentado y es más brillante que el mayoritario, e incluso probablemente en esos casos goza de un mejor enfoque o una visión de más largo alcance que éste, lastrado quizá por el peso de la tradición, la «viscosidad de las normas» ya derogadas o cualquier otro factor liviano que permite justificar a los indecisos su apoyo al ponente y su mantenimiento en el camino real. Tan significativo puede llegar a ser un voto particular, que puede marcar el comienzo de una nueva línea jurisprudencial a partir de la próxima sentencia, como ha sucedido en importantes cuestiones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En un movimiento vertical que transcurre menos advertidamente, el TS se apoya con frecuencia en el voto particular de la sentencia *a quo* para casarla, lo que en la práctica significa trastocar el efecto de la votación del tribunal inferior (6). También las partes citan en sus alegaciones a los votos particula-

-
- (2) Así, en la STS 2 de octubre de 2000 (recurso 2392/1999) aparecen dieciséis magistrados firmantes, con un voto particular suscrito por siete de ellos.
- (3) Sólo excepcionalmente he encontrado Salas de lo Social del TS formadas por tres magistrados.
- (4) Arts. 196 y 197 LOPJ.
- (5) Arts. 260 LOPJ y 205 LEC.
- (6) Cfr. SSTS (Sala 3.ª) 20 de abril de 1995 (recurso 5262/1990) y (Sala 4.ª) 17 de enero de 2002 (recurso 1534/2001) y 22 de julio de 2002 (recurso 4499/2001). La primera y la última se apoyan expresamente en el voto particular de la sentencia recurrida, mientras que la segunda sigue a la doctrina mayoritaria, sustentada en varias sentencias, de las que advierte que sufren varios votos particulares.

res, debiendo advertir en alguna ocasión el TS a una de ellas que no puede fundamentar sus pretensiones en un voto particular al cual cita en sus propios términos y sin adición de otros argumentos, pues olvida de tal forma que la doctrina del TS es la del voto mayoritario (7).

El planteamiento de un voto particular, cuando es masivo, puede trastocar la habitualidad del apoyo a la ponencia y, por extensión, al ponente, hasta extremos muy delicados y que exigen toda la imparcialidad y templanza de los miembros de la Sala para que, con el paso del tiempo, la atmósfera no se enrarezca en los debates: vota primero el ponente y después los demás magistrados por orden inverso al de su antigüedad, dice el art. 254 LOPJ. El ponente ha dirigido el despacho y tramitación de la causa, examinado los interrogatorios y pliegos de posiciones, presidido la práctica de las pruebas pertinentes que no se realicen ante el tribunal, y ha redactado la ponencia que somete a votación y que después deberá leerla en audiencia pública si obtiene la mayoría de votos o bien se conformase con lo acordado. No debe ser agradable perder la votación, por lo que la LOPJ prevé en los casos en que no se conforme con lo acordado que el presidente de la Sala encomiende la redacción a otro magistrado, y obliga al perdedor a formular motivadamente su voto particular (8).

En la Sala de lo Social, donde tan abundantes son los votos particulares masivos, hay numerosas sentencias donde el ponente ha debido ser sustituido al perder la votación y anunciar que no se conformaba con la opinión mayoritaria (9), una cantidad equiparable *mutatis mutandis* a la que pueda haber en el TC, con un número inferior de dichas sentencias pero también rico en votos particulares (10). En la mayor parte de ellas algún magistrado se adhiere al voto del inicial ponente, pero en otros casos aparece firmando en solitario, con toda la Sala en la posición contraria. No se trata aquí exactamente de lo contemplado por la LOPJ en los arts. 262 y 263 sobre no obtención de la mayoría absoluta necesaria para acordar la sentencia y formación de una Sala de discordia, pues en la normalidad de los casos la mayoría citada se alcanza..., en contra de la ponencia, y solo cuando hay opiniones diversas que fragmentan y dividen a los miembros del colegio cabe pensar en aquella situa-

(7) STS 21 de febrero de 2002 (recurso 2239/2001).

(8) Art. 206 LOPJ.

(9) Indican que el ponente ha anunciado su propósito de presentar voto particular, y que el presidente de la Sala encarga por ello la ponencia a otro magistrado, entre otras, las SSTS 21 de marzo y 20 de noviembre de 1995, 18 de febrero de 1998, 2 de febrero, 31 de mayo y 11 de octubre de 1999, 15 de abril (seis sentencias) y 16 de abril (dos sentencias) de 1999, 22 de febrero, 28 de julio y 25 de octubre de 2000, y 25 de febrero de 2002.

(10) La muy importante STC 24/1989, de 7 de julio, sobre competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social y Estado de las Autonomías, contó con el voto particular del ponente y con otros dos votos particulares, con un total de seis magistrados discrepantes. En el 2003 ha habido otra sentencia sobre materia social con cambio de ponente.

ción. En este sentido debo decir que no he encontrado en el rastreo de sentencias ningún caso de convocatoria de Sala de Discordia, a pesar de la abundancia de ponentes derrotados, por lo que presumo que la mayoría absoluta se ha obtenido siempre, ya a favor, ya en contra de la propuesta inicial.

El magistrado cuya opinión no concuerda con la de la mayoría no está obligado a presentar su voto particular —excepción hecha del ponente derrotado, a quien la LOPJ conmina a hacerlo cuando no se conforma, como hemos visto—, sino que puede adherirse al que anuncia un compañero con cuyos planteamientos comulga. De hecho la gran mayoría de los votos particulares masivos en la Sala Social del TS son obra de un solo magistrado, a los que se adhieren un cierto número de compañeros. Solo excepcionalmente aparece un voto particular redactado —o, al menos, presentado— conjuntamente por varios magistrados, al que eventualmente pueden adherirse otros más (11). De igual forma, tampoco está obligado el magistrado discrepante a suscribir, redactar o adherirse al que ya ha sido anunciado por otro compañero, sino que puede redactar otro voto distinto, situación también excepcional, comprensible sobre todo cuando los motivos o las cuestiones de la discrepancia varían en cada caso (12).

III. FENOMENOLOGÍA DEL VOTO PARTICULAR MASIVO EN LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ya he mencionado algunas peculiaridades de este incidente —si puede llamarse así— en la Sala Social del TS; ahora solo agregaré algunos detalles que pueden ayudarnos a interpretar sus perfiles.

La gran mayoría de las sentencias donde se producen votos particulares masivos presentan unas coordenadas bien lógicas: se trata de optar por una de las sentencias, la recurrida y la o las de contraste, que se plantean ante el TS para que se pronuncie en unificación de doctrina. De ahí que con frecuencia los argumentos del voto particular masivo coincidan en todo o en parte con

(11) Por ejemplo, el de la STS 2 de octubre de 2000 (recurso 2393/1999), presentado por los siete magistrados discrepantes conjuntamente. O el de la STS 31 de enero de 2001 (recurso 3939/1999), redactado por tres magistrados, al cual se adhieren otros cuatro. O el de la STS 14 de octubre de 1998, con un voto particular de un magistrado y otro conjunto de dos magistrados, al cual se adhieren cuatro más, en una Sala General de quince miembros, sobre la cuestión del reintegro de las prestaciones indebidas y su límite.

(12) Con dos grupos de votos particulares y cuatro magistrados discrepantes en conjunto, la STS 29 de enero de 1997 (*Ar.* 641), sobre opción en un contrato temporal vencido antes de la declaración de improcedencia. Con dos votos y seis magistrados discrepantes en total, la STS 25 de octubre de 2000 (*Ar.* 9676), sobre suspensión del contrato. Con dos votos particulares y cuatro magistrados en total, la STS 17 de julio de 2002 (recurso 1229/2001), sobre concepto de conflicto colectivo.

los de la sentencia que no fue respaldada por el voto mayoritario. Pero he de añadir para evitar sorpresas que también con igual reiteración la dualidad de sentencias a examen sirve solo de punto de partida a los magistrados discrepantes, quienes en sus argumentos hacen gala de una batería propia de alegaciones.

Caben, desde luego, los votos particulares en recursos de casación «ordinarios», pero son los menos, y hasta los calificaría como excepcionales.

Con la misma habitualidad estos votos surgen en Sala General, y solo raramente en Sala ordinaria formada por tres o cinco magistrados. La razón de esta coincidencia entre Sala General y votos particulares masivos parece bastante clara: como una de las funciones del presidente se encuentra la de convocar a todos los magistrados de la Sala «aunque la ley no lo exija, cuando... lo estime necesario para la administración de justicia» (13), lo que también pueden hacer la mayoría de los magistrados que la componen. No hay cortapisas a reunirse en pleno, como vemos, y de la sensibilidad del presidente y el dinamismo de la propia Sala depende que tales reuniones surjan con frecuencia o al contrario, apenas se convoquen. El motivo principal para la convocatoria consistirá probablemente en la existencia de decisiones judiciales contradictorias sobre un mismo tema, o en la convicción de que ha habido nuevos elementos que aconsejan un posible cambio de criterio. Reunido el pleno para un asunto conflictivo, las probabilidades de uno o varios votos particulares está servida.

En torno al ochenta por ciento de las sentencias con voto particular masivo se producen en Sala General, decidiendo sobre el recurso de casación en unificación de doctrina.

IV. BREVE HISTORIA DEL VOTO PARTICULAR MASIVO EN LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Durante los años que siguen a la LOPJ 6/1985 aparecen votos particulares singulares, es decir, suscritos por un solo magistrado, en alguna rara ocasión (14), pero es sólo hasta la STS 7 de diciembre de 1990 cuando asistimos al nacimiento del voto particular masivo tal como lo vemos caracterizado actualmente, en Sala General de quince magistrados, aunque para un recurso de casación por infracción de ley. Presenta la discrepancia el magistrado Varela Autrán, con la adhesión de otros cuatro miembros de la Sala, en materia de dinamicidad del salario de tramitación y la posibilidad de acumular su acción

(13) Art. 197 LOPJ.

(14) SSTS 10 de noviembre de 1987 y 30 de enero de 1989. Cabría citar también a las sentencias de la Sala 3 sobre materia laboral (SSTS 30 de noviembre de 1988 y 27 de marzo de 1989), aunque excede del ámbito de la investigación.

a la de despido. El voto se plantea siguiendo fielmente a lo pedido por la LOPJ, en el sentido de presentar la forma de una sentencia con fundamentos de Derecho y parte dispositiva. La composición de la Sala indica que se encuentran incorporados a ella los magistrados que mayor esfuerzo van a poner años más tarde en este instrumento del voto particular, y que gracias a él van a espolear la producción científica de la Sala hasta depurarla al máximo. Pero en líneas generales los magistrados presentes disponen ya mayoritariamente de una amplia antigüedad en la Sala, lo que indica, no exactamente su espíritu tradicional o conservador, sino la escasa propensión a plantear una discrepancia pública.

Esa sentencia parece haber dado la señal de partida para los votos particulares, bien singulares o masivos, porque en 1991 hay dos en Sala General, ambos sobre cuestiones de despido y salarios de tramitación (15), y otro en Sala ordinaria, sobre el tipo de condena en caso de no contratación de quien ganó la plaza (16). El formato del voto ha cambiado rápidamente, pues ha desaparecido de ellos la parte dispositiva o fallo, reduciéndose ahora a varios fundamentos de Derecho, muy cuidados, en el último o penúltimo de los cuales aparece la opinión del o los magistrados discrepantes, pero no formulada como condena, sino como parecer, sin más. Como en los tres que cito aparece ese mismo formato, ha debido existir un acuerdo del pleno, quizá con motivo de la primera sentencia, sobre el particular, o bien aplicar lo resuelto por la Sala de Gobierno, la existencia de cuya decisión no me consta. La redacción en forma de opinión o parecer se mantiene hasta nuestros días, incluso despojados de la estructuración en fundamentos de derecho, lo cual plantea la posible nulidad por falta de forma de estos votos que analizamos (17). En los años más recientes el voto particular evoluciona hacia una completa libertad de forma, dentro siempre de la gran claridad expositiva que es innata en los miembros de tan alto tribunal, adoptando con frecuencia una exposición en dos partes, una primera en donde aparecen los firmantes, la base jurídica y una respetuosa presentación de la discrepancia, y una segunda donde se expo-

-
- (15) SSTS 13 de marzo de 1991, Pleno de trece magistrados, sobre despido improcedente por pluriempleo del trabajador, con voto particular del magistrado Martín Valverde, A., con la adhesión de otro miembro de la Sala; y de 13 de mayo de 1991, en Pleno de dieciséis magistrados, sobre salarios de tramitación y su naturaleza jurídica, con voto particular del magistrado Álvarez Cruz, con adhesión de otros cuatro magistrados.
- (16) STS 25 de noviembre de 1991, Sala de cuatro magistrados con voto particular del Excmo. Sr. Campos Alonso, al que se adhiere otro magistrado. La sentencia que manejo debe contener una errata en la enumeración de magistrados miembros de la Sala, pues de ser efectivamente cuatro no habría mayoría y debió haberse procedido a nueva votación.
- (17) Por supuesto, sin mayor trascendencia, pues creo que su nulidad no afectaría a la propia sentencia. En el caso de la STS 26 de enero de 1997 (Ar. 641), el primero de sus votos particulares comienza su último párrafo con las palabras «Por ello, considero...», y en el segundo voto comienza su último párrafo, tampoco numerado o calificado como Fundamento Jurídico, con un «Por tanto, la conclusión a que, en opinión de este voto, debería haberse llegado...».

nen los argumentos o consideraciones en que se apoya el voto, terminando esta parte con la opinión del o de los suscribientes.

Del año 1993 es la STS de 7 de agosto, sobre prescripción de las revalorizaciones de pensión, adoptada en Sala General de diecisiete miembros y por recurso de casación para unificación de doctrina, que sufrió un voto particular de cuatro magistrados. Irrumpe con ella el tema que será favorito de los votos particulares masivos, la Seguridad Social, en el caldo de cultivo típico de estos votos, la Sala General y la unificación de doctrina. Tres sentencias de 1994 confirman la impresión suscitada hasta ahora de que el objeto de las sentencias con discrepancias amplias no son «populares» (18); será en la segunda mitad de la década de los noventa cuando las sentencias con división de opiniones polaricen su atención alrededor de temas candentes, y susciten un amplio debate en la opinión pública y en la doctrina científica, con oscilaciones que durarán años. La misma tónica siguen las del año 1995, con dos sentencias en Sala General y tres en Sala ordinaria dotadas de voto particular masivo, sobre cuestiones mayoritariamente procesales: la eficacia de cosa juzgada en conflictos colectivos sucesivos, la misma eficacia en conflictos sobre grupos de empresa, y la firmeza de las sentencias aportadas en unificación de doctrina (19), versando las restantes sobre cuestiones de Seguridad Social (20).

En 1997 hay cinco sentencias dictadas en Sala General, para recursos de casación por unificación de doctrina, y con votos particulares masivos. Curiosamente pertenecen las cinco al mes de enero, cuando el pleno de la Sala lo constituían trece magistrados, que debieron emplearse a fondo en debates frecuentes, pero ahí acaban las similitudes, pues los votos en cuestión son presentados por magistrados distintos (21), versando los recursos asimismo sobre materias diversas, en concreto sobre la validez de un acuerdo de indemnizaciones en regulación de empleo, el mantenimiento de la opción en despido improcedente posterior al vencimiento del contrato

-
- (18) SSTS 18 de febrero de 1994, en Pleno de quince magistrados con voto salvado de tres, sobre la naturaleza jurídica del derecho al trabajo sin discriminación; de 22 de abril de 1994, en Pleno de quince con voto particular de cuatro, sobre anticipo de prestaciones de invalidez provisional por el INSS cuando no hubo alta; y de 5 de mayo de 1994, en Pleno de quince con voto particular de seis, sobre el papel de la Administración en el proceso de oficio.
- (19) Respectivamente, SSTS 13 de octubre de 1995, con voto particular del magistrado A. Desdentado Bonete con adhesión de otro miembro de una Sala de cinco; 29 de mayo de 1995, con voto particular del mismo magistrado y adhesión de otro miembro de una Sala de cinco; y 14 de julio de 1995, con voto particular de cinco magistrados en Sala General.
- (20) SSTS 21 de marzo de 1995, sobre pensión de viudedad compartida por la cónyuge y la divorciada, con voto particular del magistrado Gil Suárez, L., al cual se adhiere otro magistrado de los cinco de la Sala; y de 10 de julio de 1995 (R. 5488), sobre indemnización por atención sanitaria insuficiente, en Sala General con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde al que se adhieren otros cinco magistrados.
- (21) Excmos. Sres. Gil Suárez, Sampedro Corral, Desdentado Bonete, Marín Correa y Cachón Villar.

temporal, la calificación del administrador único con mayoría de acciones a efectos de accidente de trabajo, y los requisitos de la readmisión de un excedente voluntario cuando la vacante surge con posterioridad a la petición (22).

Dieciséis sentencias con voto particular masivo, cuando menos, se acumulan en 1998, si bien varias de ellas están *clonadas* por referirse al mismo tema de la integración de las ikastolas en la Administración Autonómica (23). Si a ellas añadiéramos otro buen número de sentencias con voto particular singular dictadas ese año, cabría advertir un salto cuantitativo en el fenómeno que nos ocupa, por razones que se me escapan. La Sala General estuvo compuesta ese año alternativamente por trece, catorce y quince magistrados, y no se advierte coincidencia entre los promotores de la discrepancia, aunque los magistrados Gil Suárez y Salinas Molina protagonicen un cierto número de «enmiendas». También las materias son variadas: el problema de los contratos temporales en la Administración y su conversión en indefinidos no fijos atrae la atención de varias sentencias (24), pero sin duda el mayor número de casos gira en torno a la Seguridad Social (25), con un par de sentencias dedicadas a temas procesales (26).

El año 1999 es rico en matices, aunque desciendan algo las sentencias de contraste masivo (27). Se dan durante su decurso un buen número de casos con ponentes derrotados que formulan su voto particular, a veces en solitario (28), otras veces con la adhesión o la presentación conjunta de varios compañeros (29). La Sala ha crecido, reuniéndose en los plenarios durante

-
- (22) Respectivamente SSTs 21 de enero de 1997, con voto particular de cuatro magistrados, y sobre el mismo acuerdo de indemnización, la de 28 de enero de 1997, con los mismos magistrados discrepantes; de 29 de enero de 1997, con dos votos particulares, con dos magistrados cada uno; de 30 de enero de 1997, con voto particular de cuatro magistrados; y de 21 de enero de 1997, con voto particular de cinco.
- (23) Siete sentencias, todas ellas de 15 de diciembre de 1998, en Sala General de trece miembros, respondiendo a recursos en unificación de doctrina, con voto particular del Excmo. Sr. Gil Suárez, con adhesión de tres magistrados.
- (24) SSTs 20 de enero de 1998 (recurso 317/1997), con voto particular del magistrado Sr. Gil Suárez al que se adhieren otros cuatro; y de 21 de enero de 1998 (recurso 315/1997), con voto particular del mismo magistrado y adhesión de cinco más.
- (25) SSTs 26 de enero (dos), 18 de marzo, 1 de abril, y 14 de octubre.
- (26) SSTs 30 de septiembre y 20 de octubre de 1998.
- (27) Quince sentencias, tanto de Sala general como ordinaria, siendo esta última la STS 28 de octubre de 1999 [recurso 3779/1998, en unificación de doctrina (UD)]. Ocho de ellas se refieren al mismo tema, la afectación general a un gran número de trabajadores y recurribilidad: SSTs 15 de abril (seis: recursos 5218/1997, 1591/1998, 1600/1998, 1602/1998, 1604/1998, 1605/1998, 1606/1998, y 1942/1998) y 16 de abril de 1999 (dos).
- (28) SSTs 2 de febrero, 31 de mayo y 11 de octubre de 1999.
- (29) Conjunto de seis magistrados, incluido el ponente inicial, en las SSTs 15 de abril (dos sentencias) y 16 de abril (dos sentencias) de 1999. En realidad coinciden en el tema, la consideración de afectación general a efectos de recurribilidad de las sentencias.

ese año entre dieciséis y diecinueve magistrados (30). Los recursos continúan decantándose hacia la Seguridad Social y las cuestiones procesales (31), y vemos aparecer asuntos que van a perdurar en el tiempo con hondo calado en el debate científico y de la calle, como el de las legitimaciones cruzadas en la negociación colectiva de grupos de empresa o de entes públicos (32), o el del cálculo de la base reguladora en las pensiones de jubilación europeas (33).

Los años noventa terminan con el hábito de la discrepancia instalado como mecanismo habitual en el quehacer de la Sala Social del TS, hasta el punto de que ya en el año 2000 alguna sentencia se ve obligada a indicar expresamente que cierta jurisprudencia ha sido corregida en Sala General «sin voto discrepante» (34). Pero la nueva década marca un cierto declive en los pronunciamientos contrastados, según vemos en el año 2000, tanto en número de casos como en interés de los temas motivo de la «discordia», alguno de los cuales arrastra de sentencias en Sala General de años anteriores (35); reflujo mostrado incluso en la importancia numérica de los discrepantes, pues en la mayor parte de los supuestos solo hay dos magistrados detrás del voto particular (36), aunque también es el año de un voto particular conjunto de siete magistrados (37). La Sala General ha descendido en número de componentes, agrupando sus sesiones a catorce o diecisiete magistrados. La naturaleza de los temas tratados continúa siendo mayoritariamente de Seguridad Social, con

-
- (30) Así, en el caso de la STS de 21 de diciembre de 1999 (recurso 4295/1998), sobre legitimaciones cruzadas en el convenio de la Generalitat de Catalunya, la Sala General se integra por diecinueve miembros, y el voto particular es presentado por el Excmo. Sr. Martín Valverde, con la adhesión de cinco magistrados más. En numerosas sentencias de ese año la Sala General aparece formada por dieciocho o diecisiete magistrados.
- (31) De tema procesal, además de las citadas en nota 27, las SSTS 28 de junio de 1999 (suspensión del plazo para presentar la papeleta de conciliación), y 15 de abril de 1999 (inexistencia de contradicción). En materia de Seguridad Social, además de la citada sobre Seguridad Social europea, las SSTS 15 de febrero, sobre cálculo de la base reguladora de pensión en caso de accidente de trabajo, y 28 de octubre (recurso 3779/1998), sobre reintegro de pensión anticipada por Mutua. De otros temas cabe citar, además de la citada sobre negociación colectiva, a la STS 10 de marzo de 1999, nulidad de concurso y extinción de los contratos celebrados con base en él.
- (32) La ya citada en nota 30.
- (33) STS 9 de marzo de 1999. Evidentemente el asunto no aparece por vez primera en el TS, pues aquí solo me refiero al momento de su aparición con votos particulares masivos. Igual cabe decir respecto a la negociación colectiva con legitimaciones cruzadas.
- (34) STS 27 de marzo de 2000 (recurso 1823/1999).
- (35) He hallado trece casos de discrepancia masiva en total, dentro de los cuales he contabilizado sentencias donde el voto particular masivo sumaba únicamente a dos magistrados. Ver nota siguiente. En ese año 2000 vuelve a plantearse con discrepancias en Sala General y recurso de casación en unificación de doctrina la cuestión del límite de los descuentos en el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas —si la cuantía del SMI o la de las PNC—, en dos SSTS de la misma fecha, 30 de septiembre de 2000 (recursos 972/1998 y 3441/1999).
- (36) SSTS 28 de febrero, 21 de abril, 15 de julio, 30 de septiembre (dos) y 25 de octubre.
- (37) STS 2 de octubre de 2000 (recurso 2393/1999), sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en accidente de trabajo, e indemnizaciones diversas por la misma causa.

planteamientos interesantes, como el de la posibilidad de analogía en la interpretación de las mejoras voluntarias pactadas en convenio (38), o la prescripción del derecho a revisar las pensiones reconocidas por la entidad gestora (39), o el destino de una mejora voluntaria causada cuando el trabajador ya ha sido despedido improcedentemente (40) y algunos supuestos de cierta repercusión social, como la posibilidad de reanudar la pensión de viudedad a la viuda cuyo nuevo matrimonio ha sido anulado (41). Los restantes votos particulares masivos aparecen en cuestiones de Derecho Individual del Trabajo, de las que citaré el valor liberatorio del finiquito respecto a conceptos no expresados en el documento (42) y la titularidad de la indemnización por despido (colectivo) en casos de excedencia voluntaria (43).

Las seis sentencias con voto particular masivo producidas en el 2001 son todas interesantes, recaídas sobre temas de gran actualidad hasta el momento presente. El número de miembros de la Sala experimenta una recuperación, al incorporarse nuevos magistrados hasta totalizar los dieciocho en alguna decisión de pleno. La tónica dominante en las materias discutidas se rompe en ese año, pues por vez primera solo una de las sentencias contempla la Seguridad Social, si bien en el importante tema del rescate de los Fondos de Pensiones (44). Las demás sentencias debaten cuestiones de salario, jornada y despido bien importantes, pues dos de ellas se refieren a la consideración como salario de las *stock options* (45), y otras dos reciben polémicamente en el TS por vez primera, que yo sepa, la conocida práctica alemana del *kapovaz* o trabajo a llamada (46). La última decisión recopilada discute el frecuente

(38) STS 15 de julio de 2000, con voto particular conjunto de los Excmos. Sres. Salinas y Gullón.

(39) STS 21 de abril de 2000 (recurso 3950/1998), con voto particular del Excmo. Sr. González Peña al que se adhiere otro magistrado.

(40) En concreto, si el trabajador que queda inválido después del despido, pero antes de la sentencia que declara la improcedencia del mismo, tiene derecho a la mejora: STS 17 de mayo de 2000, con voto particular conjunto de tres magistrados.

(41) STS 28 de julio de 2000, con voto particular del Excmo. Sr. Sampedro Corral, al cual se adhieren otros cinco magistrados. Votos particulares masivos aparecen también en las SSTs 7 de febrero de 2000, sobre la doctrina del paréntesis en la incapacidad permanente, con voto discrepante de cinco magistrados, y de 1 de febrero de 2000, sobre reaseguro en la indemnización por invalidez en accidente de trabajo, con voto disidente de cuatro magistrados.

(42) STS 28 de febrero de 2000 (recurso 4977/1998), con voto particular del Excmo Sr. Desdentado Bonete y la adhesión de otro magistrado.

(43) STS 25 de octubre de 2000 (recurso 3606/1999), con un voto particular de dos magistrados. De este año es también la STS 22 de febrero de 2000, sobre el desaparecido contrato de lanzamiento de nueva actividad, con voto particular de cinco magistrados.

(44) STS 31 de enero de 2001 (recurso 3939/1999), en Sala General de quince magistrados, con voto particular conjunto de los Excmos. Sres. Gil Suárez, Iglesias Cabero y Sampedro Corral, al que se adhieren otros cuatro magistrados.

(45) SSTs de la misma fecha, 24 de octubre de 2001 (recursos 3295/2000 y 4851/2000), con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde y la adhesión de otros dos magistrados.

(46) SSTs de la misma fecha, 17 de diciembre de 2001 (recursos 66 y 68/2001), sobre validez del convenio de tomate fresco de Murcia a este respecto.

caso del cese de un interino para cubrir la plaza con alguien en comisión de servicios, decisión cuyo enfoque mayoritario viene desafiado por el presidente de la Sala, Excmo. Sr. GIL SUÁREZ (47).

Termino el recorrido de estos votos con el año 2002, cuando se plantean seis votos masivos, todos ellos completando sentencias dictadas en Sala General y en su mayor parte debidas a recursos de casación en unificación de doctrina. Ninguna de ellas se refiere a la Seguridad Social, pues debaten la delimitación procesal del conflicto colectivo (48) y la peliaguda cuestión de si cabe la subrogación empresarial «privada», al margen de los requisitos del art. 44 ET, y con qué requisitos (49), así como siguen matizando en qué casos las opciones sobre acciones (*stock options*) se califican como salario (50), y reanudan la ya vieja temática de la conversión del contrato de trabajo temporal en indefinido no fijo y sus similitudes y diferencias con el contrato de interino por vacante (51).

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Ahora que el fenómeno de los votos particulares parece tomarse un respiro en la Sala Social, quizá sea el momento de hacer algunas reflexiones sobre su objeto, sus causas y su posible reforma.

Hemos visto en el epígrafe anterior cómo la materia más usualmente tratada en los votos particulares masivos era la Seguridad Social, lo cual hasta cierto punto no debe sorprendernos si pensamos en la enorme actividad legislativa y reglamentaria que padecemos en cuestiones aseguratorias, con las incertidumbres y los desajustes resultantes a la hora de interpretar tan dinámico torrente de normas. Sin embargo la década del 2000 ha iniciado su andadura con un predominio de los temas de Derecho Individual del Trabajo, un

(47) En puridad ésta es la única sentencia con voto particular no masivo que incluyo en el análisis: la importancia del tema y del magistrado discrepante me han decidido a ello. Para ser consecuente con el planteamiento de la investigación, habría de suprimirse del elenco, con lo que en el año 2001 solo habría cinco sentencias del tipo comentado.

(48) SSTs 29 de abril de 2002 (recurso 1184/2001), con motivo del concepto de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, y voto particular presentado por el Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren tres magistrados; y 17 de julio de 2002, referente a una petición de un grupo de trabajadores para compensar los sábados trabajados, con voto particular del Excmo. Sr. Desdentado Bonete al cual se adhieren dos magistrados.

(49) SSTs de la misma fecha, 30 de abril de 2002 (recursos 3007/2000 y 4240/2000), en ambos casos con voto particular del Excmo. Sr. Desdentado Bonete, al cual se adhieren los mismos seis magistrados.

(50) STS 1 de octubre de 2002 (recurso 1309/2001), con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren otros dos magistrados.

(51) STS 27 de mayo de 2002 (recurso 2591/2001), con voto particular del Excmo. Sr. Martín Valverde, al cual se adhieren dos magistrados.

cambio de tendencia aún en formación que, de consolidarse, llevaría a plantearnos por sus razones: ¿agotamiento de los problemas aseguratorios, nacimiento de una rica y nueva problemática contractual, o madurez del mecanismo del voto particular? Dudo que los problemas aseguratorios hayan terminado, por lo que a mi modo de ver nos hallamos probablemente ante una mayor confianza de los magistrados de la Sala a la hora de utilizar este mecanismo, lo que les permite abandonar el refugio de la Seguridad Social, donde siempre encontraban la confortable protección del «pro-asegurado» para justificar sus disquisiciones, e incursionar en el sinalagma contractual en cuestiones novedosas sin necesidad de buscar excusas para las confrontaciones. Por lo menos a esta solución parece conducir la reducción numérica de los casos y la calidad de los temas contractuales elegidos: como si la Sala Social, puesta a someter a debate un tema, lo seleccionara con cuidado sin importarle ya la naturaleza exquisitamente equilibrada de las prestaciones en juego.

Por otra parte llama también la atención la ausencia de votos particulares masivos sobre derechos fundamentales, y en primer lugar sobre la libertad sindical y el derecho de huelga. La Sala Social parece sentir un cierto temor a herir la sensibilidad del Tribunal Constitucional, o quizá a venir desautorizada por el mismo, y prefiere dejarle en exclusiva la tarea de formular opciones alternativas a los contenidos de esos derechos fundamentales. En los últimos años hay una producción cuantiosa de sentencias del TS y del TC en torno a los derechos fundamentales inespecíficos, desde la vigilancia empresarial con cámaras hasta el *mobbing* o el control de los correos electrónicos de los trabajadores, marcada por el monolitismo en las opiniones, en el sentido de carentes de los votos particulares masivos aquí analizados. La frecuencia de litigios hace pensar en la formación de un área específica del Derecho del Trabajo que ya algunos autores se han apresurado a denominar como ámbito de la ciudadanía en la empresa, cuya primera y principal característica consiste en delimitar sus confines; si la dignidad e intimidad se enfrenta en la empresa a la libertad organizativa del empresario; si el *mobbing* encuentra en cada autor o sentencia que lo trata una definición distinta; si el secreto de las comunicaciones se topa en la empresa con el derecho del empresario a controlar la correspondencia, sea postal o electrónica, lo lógico habría sido que ya desde finales de los años noventa tuviéramos una rica serie de votos particulares masivos en torno a los pronunciamientos mayoritarios del TS. ¿Por qué este silencio? Aventurando una respuesta, diría que la Sala Social tantea cautelosamente estos senderos del Derecho del Trabajo dotados de formulación constitucional, o dicho en términos más llanos, no tiene la confianza suficiente para emprender una «discordia» allí donde un más alto tribunal posee la última palabra, incluso el último reproche.

El motivo por el cual varios magistrados deciden suscribir un voto de disenso en la solución de un litigio también plantea dudas. Probablemente existen razones de tipo subjetivo en una buena parte de los casos: el

discrepante puede alarmarse por el sesgo que toma la Sala en un cambio de doctrina, o haber sido el impulsor de una posición que ahora queda derrotada, o sencillamente tener convicciones muy firmes sobre la solución correcta, que no es la mayoritaria; acaso, simplemente, viene convencido por los argumentos de quien presenta el voto particular, y se adhiere. Pero también pueden existir en la mayoría de los casos razones objetivas en una rama del Derecho donde los cambios legislativos son constantes, la realidad económico-social muy inestable, y el equilibrio entre intereses siempre en peligro. La incorporación del componente universitario por la vía de juristas de reconocido prestigio parece haber impulsado también el debate entre los jueces profesionales, menos propensos a defender posturas heterodoxas; al menos los jueces de procedencia académica, habituados a la confrontación científica como factor de avance intelectual, aparecen entre los magistrados con palmarés más alto en la presentación de votos con capacidad de arrastre entre sus compañeros.

De todas las motivaciones posibles, hay una que me parece interesante: a la vista de que la gran mayoría de estos votos particulares tienen su origen en los debates en Sala General, ¿implican un efecto colateral e indeseado del esfuerzo por terminar con la cadena de recursos de casación en unificación de doctrina sobre un mismo tema? La mecánica de la unificación de doctrina envuelve un costoso esfuerzo de estudio milimétrico de las coincidencias y contrastes entre sentencias, que sin embargo no obtiene el resultado apetecido de agotar el tema para el futuro. Quizá la convocatoria de Sala General, consciente o inconscientemente, obedezca a la búsqueda de alternativas más eficaces, pensando que, si se debate el tema a fondo por todos los magistrados, la solución alcanzará mayor solidez y, por ello, será prácticamente inatacable por esa clase de recursos. Los votos particulares masivos serían un riesgo calculado en dicha estrategia, un residuo de una dialéctica consciente, que pese a todo alcanzaría el resultado apetecido en multitud de otras sentencias donde no se produce tal voto.

¿Qué efectos produce el voto que analizamos sobre la propia sentencia a la cual se aplica? A mi modo de ver, la discrepancia de varios magistrados incide de dos maneras en la ponencia mayoritaria:

a) Debilita sin lugar a dudas la autoridad del resultado propuesto por la sentencia, precisamente por la contrapuesta autoridad de quienes suscriben la solución alternativa. Como decía al principio, la parte vencida en el litigio siempre verá como argumentos a su favor los del voto particular, con la consiguiente disminución de la seguridad jurídica y de la paz social que son los objetivos fundamentales de la dación de justicia.

b) Pero su mera posibilidad espolea al ponente a buscar las soluciones más acabadas, a estudiar el caso con mayor ahínco, y, si el debate se produce, finalmente enriquece sin lugar a dudas los argumentos, clarifica los términos,

convierte la sentencia en una pieza maestra de la doctrina legal, a pesar del voto que le sigue, igualmente depurado. Es claro que con un elenco de jueces preparados y dispuestos para objetar al ponente en público no va a existir desidia ni monotonía, redundando al cabo en beneficio de una mejor justicia.

Los dos efectos antedichos se anulan entre sí, o al menos hacen que el voto particular presente tantas ventajas como inconvenientes. Si pudiéramos conseguir eliminar los segundos, este elemento procesal conservaría las ventajas y podríamos defender su pertinencia en todo caso. A mi modo de ver, existe una manera, siquiera imperfecta, de lograr el resultado propuesto: no se trata de que el debate y las discrepancias permanezcan ocultas al público, pues entonces no alcanzarían su cualidad catártica. El art. 260 LOPJ ordena incorporar el voto al libro de sentencias, notificarlo a las partes, y publicarlo junto a la sentencia. De esas diversas actuaciones —incorporación, notificación y publicación—, los efectos negativos se concentran en la segunda de ellas, la notificación a las partes. Estimo que la supresión de este aspecto en el artículo citado sería beneficiosa en grado sumo, con independencia de que cualquier interesado tenga acceso al texto (art. 266 LOPJ), y de que su publicación permita a la comunidad científica una información exacta de las posturas adoptadas en el debate sobre el asunto. El acceso al texto por el interesado, si lo pide, evita cualquier reproche que el TC pudiera hacer sobre el derecho a una defensa adecuada.

La Justicia se dicta en medio de la contradicción, la discrepancia y la dialéctica de partes. Mediante la casación, el TS discrepa de la postura del tribunal inferior. En multitud de casos, un mismo tribunal adopta soluciones distintas para casos iguales, y de ordinario no vienen tachadas de trato desigual. El significado del voto particular masivo no debe, pues, exagerarse, porque la vida jurídica se nutre de polaridades. Pero en todo caso este tipo de reacciones denota una vitalidad envidiable de la Sala Social del TS, que, en lugar de seguir el cómodo sendero de aceptar la ponencia sugerida, prefiere sentarse a redactar, *gratis et amore*, una argumentación completa a favor de una distinta solución.