



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Céspedes Muñoz, Carlos
El daño lícito y el derecho de huelga
Revista de Derecho, núm. 47, 2017, pp. 250-289
Universidad del Norte
Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85150088009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El daño lícito y el derecho de huelga*

Lawful damage and the right to strike

Carlos Céspedes Muñoz**

*Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DIN 10/2013, denominado “El daño indemnizable en el derecho de huelga”, financiado por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El autor agradece los valiosos aportes del profesor Andrés Varela Fleckenstein, colaborador de tal proyecto.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo postal: Lincoyán 255, Concepción (Chile). ccespedes@ucsc.cl.

REVISTA DE DERECHO

Nº 47, Barranquilla, 2017

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Desde una perspectiva analítica y situados desde el ordenamiento español, este trabajo pretende dar cuenta de que los daños generados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga constituyen daños lícitos no reparables. Para tal fin se dará noticia de los denominados daños lícitos, de los perjuicios admisibles en el derecho de huelga y del evento en que los mismos admiten una indemnización de perjuicios.

Palabras clave: daño lícito, huelga, perjuicios, daño admisible, daño indemnizable.

Abstract

From Spanish legal system's analytical perspective, this paper aim to explain that the damage caused in the legitimate exercise of the right to strike are not repairable as a tort. To reach this purpose, so-called lawful damages, and damages on the right to strike will be addressed, and the event in which they admit an indemnity for that purpose.

Keywords: lawful damage, strike, losses, permissible damage, recoverable losses.

Fecha de recepción: 5 de julio de 2016

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2016

I. INTRODUCCIÓN

Determinar las fronteras del daño indemnizable ha sido una constante preocupación de los juristas. Por lo tanto, establecer cuándo un daño genera o no una reparación presenta retos permanentes a los estudiosos del Derecho.

No todo daño genera consecuencias indemnizatorias, desde que se reconocen en el ordenamientos ciertos hechos dañosos que no otorgan indemnización alguna, como todos aquellos causados en el legítimo ejercicio de un derecho.

A continuación nos referiremos a una de sus hipótesis, al daño causado en el legítimo ejercicio del derecho de huelga, cuyas características y límites estudiaremos desde el ordenamiento español.

II. EL DAÑO LÍCITO

Tradicionalmente, el estudio del daño –y su reparación– ha sido analizado como supuesto de hecho de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual. Sin embargo, el fenómeno dañoso no se agota en el ilícito contractual o extracontractual. Existen múltiples daños que no pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil y que, incluso, imponen la obligación de ser soportados o tolerados.

En efecto, en un ordenamiento jurídico que pertenece a un sistema económico-social fundado en la competencia y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás¹, existen numerosos perjuicios que no admiten indemnización alguna, como los daños causados en el leal ejercicio de la competencia mercantil. Se tratan de daños no reparables, ya que se enmarcan dentro del radio de acción del correspondiente ejercicio del derecho, al encontrarse legitimada la conducta

¹ Pantaleón, F. (1991). “Artículo 1902”. Comentarios al Código Civil, tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 1995.

generadora de los mismos por el poder otorgado por el respectivo derecho subjetivo².

Ello acontece porque en la constante tensión existente entre la protección de ciertos bienes jurídicos y la libertad de actuación que se reconoce a los sujetos, el ordenamiento ha privilegiado esta última cuando no ha traspasado el umbral que permita calificar a los daños causados como antijurídicos y, por ende, reprochables a título de responsabilidad delictual³. Una idea similar se ha constatado en el derecho italiano al tratar de determinar el alcance del *danno ingiusto* al que hace alusión el artículo 2043 del *Codice*, sosteniendo que no es deseable correr el riesgo de paralizar toda actividad ante la amenaza de resarcir cualquier daño, para lo cual se propone una interpretación que concilie los intereses de los dañantes y de los dañados. Así, para lograr tal equilibrio se sostiene que daño injusto significa daño no justificado –*non iure*–, en el sentido de que el hecho lesivo no está autorizado por la norma, por lo que el resarcimiento del daño no se valora en función de la existencia o no de una protección al interés lesionado, sino en función de la existencia o no de una protección del ordenamiento al interés del dañante a desarrollar una actividad, aun a costa del sacrificio de otro⁴.

Una situación similar se genera en aquellos casos en los que determinadas exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre típicamente en las relaciones de vecindad: la condi-

² Mosset, J. (1997). “Las causas de justificación”. En Mosset, J. (director). *Responsabilidad civil*, segunda reimpresión. Buenos Aires: Hammurabi, p. 76.

³ Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, p. 43. Esta colisión de intereses ya había sido manifestado por Starck, quien advertía que el problema de la responsabilidad civil es un problema de conflictos de derechos: de una parte, el derecho a actuar, emanado de las distintas facultades (derechos subjetivos) que tenemos; de otra parte, el derecho a la seguridad que le corresponde a cada uno (Starck, B. (1972). *Droit Civil. Obligations*. Paris: Librairies Techniques, p. 36).

⁴ Schlesinger, P. (1960). “La ingiustizia del danno nell’illecito civile”. Revista *Jus*, pp. 342 y 343; De Lorenzo, M. (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 76 y ss. En sentido similar se pronuncia Visintini, al sostener que la exigencia de un equilibrio equitativo de los intereses en juego debe guiar al intérprete cuando, poniéndose desde la perspectiva del dañador, deba establecer el límite de su derecho o a lo que se extiende su actividad lícita, cuando el daño causado no pueda considerarse resarcible en base a otros principios de la responsabilidad civil (Visintini, G. (1987). “Il danno ingiusto”. *RCDP*, año V, n° 1, pp. 183 y 184).

ción de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando estas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria⁵.

Pero además existen otros tipo de daños que normalmente no llaman la atención frecuente del jurista⁶. Son ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico⁷. Se trata de daños justos⁸ o lícitos⁹ que traen aparejada una “indemnización”. La indemnización de los mismos no es una consecuencia necesaria de su producción, ya que, por regla general, no se reparan los daños si concurre una causal de justificación o se ejercita un derecho, porque el que usa su derecho no lesiona¹⁰. Ahora bien, cuando dan derecho a una indemnización, no

⁵ Vid. Lacruz Berdejo, J.L. *et al* (2003). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. I. Posesión y propiedad*. 2ª edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano. Madrid: Dykinson, p. 272; Starck (1972), p. 91.

⁶ De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, pp. 92 y 93.

⁷ Briguglio, M. (1971). *El estado de necesidad en el Derecho Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Manuel García Amigo. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 174.

⁸ Pantaleón Prieto, F. (1995). Voz “Responsabilidad extracontractual (Derecho Civil)”. *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV. Madrid: Civitas, p. 5947; Busto Lago, J. M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, p. 166.

⁹ Cavanillas Múgica, S. (1987). *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 147.

¹⁰ Díez-Picazo, L. (1979). “La responsabilidad civil hoy”. *ADC*, p. 735.

lo son a título de responsabilidad civil¹¹ sino que, se afirma, lo son por razones de justicia material o de equidad¹².

En todos los casos mencionados anteriormente, el daño no puede calificarse de ilícito, no solo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino, esencialmente, porque la posibilidad de la producción del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que este considera útil a la comunidad. Por ello, no podemos confundir las expresiones “actividad lícita” y “daño lícito”, porque sería erróneo imaginar que al momento en que la ley autoriza una actividad determinada la misma lleva consigo la legítima posibilidad de causar cualquier clase de daños sin límite alguno. Más aun, dicho equivocado entendimiento implicaría desconocer que el ejercicio de los derechos está sujeto a ciertos límites, puesto que el poder de dañar permitido por la ley solo existe en el marco de actividades para las cuales el reconocimiento de este derecho de perjudicar es necesario para su ejercicio¹³.

Incluso, en ciertos casos, el daño no es una consecuencia de la actividad, sino que constituye la actividad misma: la crítica literaria como el derecho de huelga pueden causar graves perjuicios, pero estas pér-

¹¹ Tucci, G. (1967). “La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile”. *Riv. Dir. Civ.*, parte prima, pp. 231 y ss.; De Cupis (1975), pp. 93 y ss.; Busto Lago (1998), pp. 166 y 192; Ghersi, C. (1997) “Responsabilidad por actos lícitos”. En Bueres, A. y Kemelmajer, A. (directores). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 478. Larenz afirmaba lo siguiente: “El fundamento de este deber de indemnizar no radica en estos casos ni en la responsabilidad por un acto antijurídico propio o ajeno, ya que el ataque es conforme a derecho por estar permitido, ni en la imputación de un determinado riesgo de cosa o empresa, sino en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque en forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho” (Larenz, K. (1959). *Derecho de Obligaciones*, tomo II. Versión española de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 690). Que la indemnización concedida no lo sea a título de responsabilidad civil permite distinguir a esta clase de actos de los supuestos de responsabilidad objetiva, en que el resarcimiento concedido sí lo es a ese respecto.

¹² Busto Lago (1998), p. 166. Larenz sostiene que la indemnización que se concede lo es por razones de justicia conmutativa (Larenz (1959), p. 690). En contra, Briguglio sostiene que lo es por razones de justicia distributiva, ya que su única finalidad es restablecer el equilibrio económico entre los patrimonios afectados: repartir las consecuencias no injustas de una situación no querida (Briguglio (1971), p. 173).

¹³ Karila de Van, J. (1995). “Le droit de nuire”. *RTDC*, pp. 537 y 538; Starck (1972), p. 92.

didadas son el objetivo necesario y autorizado por la ley. Sin ellas no existirían tales derechos¹⁴.

Así las cosas, el daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido y tolerado por el ordenamiento. El sistema normativo, sea expresa, sea tácitamente, al autorizar el ejercicio de determinados derechos o facultades, acepta como posible la causación de un daño, atendidas diversas razones de política legislativa. Normalmente se identifica con la existencia de una norma autorizante o permisiva que permiten la realización de un comportamiento dañoso, de tal modo que el daño realizado se cualifica como no antijurídico o simplemente justo¹⁵. Esta norma autorizante va desde la más genérica que pone como límite al ejercicio de los derechos el no causar daño a los demás hasta aquellas previsiones expresas de la ley que autorizan a causar un daño legítimamente (*v. gr.*, estado de necesidad o legítima defensa).

De esta manera, siguiendo a Díez-Picazo, podemos sostener que los daños lícitos son ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer¹⁶.

No todos los daños lícitos generan las mismas consecuencias. Así, los daños causados al amparo del legítimo ejercicio de un derecho o las molestias originadas en una típica relación de vecindad no admiten reparación alguna. Otros, por expreso mandato legal, sí la admiten, lo que ocurre genéricamente cuando el Derecho considera a cierto interés digno de prevalecer sobre otro, pero preocupándose de establecer una compensación al titular del interés sacrificado¹⁷, como ocurre con los daños ocasionados en estado de necesidad.

Por ende, dado que no todos los daños de esta clase dan derecho a una reparación pecuniaria, se hace indispensable proceder a su análisis separado: los que no dan derecho a indemnización, que hemos denominado “daños no reparables” –que trataremos al estudiar una de sus hi-

¹⁴ Starck (1972), p. 37.

¹⁵ Briguglio (1971), p. 160.

¹⁶ Díez-Picazo (1999), p. 294.

¹⁷ De Cupis (1975), p. 93.

pótesis en este trabajo—, y los que sí la originan, que desarrollaremos en otra oportunidad bajo la denominación de “daños lícitos reparables”. Recurrimos al término “reparación”, y no “indemnización”, debido al carácter genérico del primero¹⁸ y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado en el segundo de los supuestos: una “compensación” para restablecer el equilibrio roto por el daño¹⁹.

III. EL DAÑO LÍCITO NO REPARABLE COMO UNA ESPECIE DE DAÑO NO ANTIJURÍDICO

Existen actos que no obstante causar daños se encuentran justificados por el Derecho, lo cual implica que su autor no contrae ninguna responsabilidad al ejecutarlos²⁰. Estos son los daños no reparables. Es un hecho notorio que no todo daño producido da lugar a una indemnización. El simple contacto social²¹ y las incomodidades ordinarias producidas por las relaciones de vecindad²² ciertamente causan molestias a terceros, pero no por ello llevan aparejada una reparación.

Desde otro punto de vista, existen daños de suyo ilícitos pero que pierden su ilicitud por razones especiales²³, como aquellos amparados por una causa de justificación²⁴ y que, por regla general, no dan lugar a su resarcimiento. Estos daños deben ser asumidos por el que los sufrió,

¹⁸ Llamas Pombo, E. (2010). “Formas de reparación del daño (I)”. *RPDD*, n° 8. La Ley 183/2010. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 1° de junio de 2012), p. 8.

¹⁹ Ídem.

²⁰ De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: U. Deusto–Civitas, p. 263.

²¹ De Ángel Yagüez (1993), p. 258.

²² Alonso Pérez, M. (1983). “Las relaciones de vecindad”. *ADC*, nota 78, p. 394; Lacruz Berdejo (2003), p. 272.

²³ Von Thur, A. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordado por W. Roces, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, p. 216.

²⁴ La denominación “causas de justificación” es utilizada, entre otros, por De Ángel Yagüez (1993), pp. 263 y ss.; Díez-Picazo (1999), pp. 298 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, pp. 113 y ss.). Quienes consideran a la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad extracontractual hablan de “causas de exclusión de la antijuridicidad”; entre otros, Santos Briz, J. (1963). *Derecho de Daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 77 y ss.; Busto Lago (1998), pp. 246 y ss.

ya que no existe una causa que autorice a transferirlos desde el patrimonio de la víctima al de su autor²⁵. Ejemplos de ellos encontramos en aquellos causados en el ejercicio legítimo de un derecho, en el ejercicio de la libertad de información o de la legítima defensa, los causados con el consentimiento de la víctima y los daños tolerables originados en las relaciones de vecindad.

Ahora bien, siguiendo la clasificación propuesta por De Cupis²⁶, existen dos grandes categorías de daño: el daño antijurídico y el daño no antijurídico. La clave de esta distinción se centra en la nota de antijuridicidad, la cual, además, permite determinar si tiene o no aplicación el estatuto de la responsabilidad extracontractual²⁷. Lo cual, también –y por exclusión–, permite afirmar que todo lo que no constituya un daño antijurídico configura un daño no antijurídico.

Sin embargo, determinar el alcance y función de la mencionada nota de antijuridicidad es una materia no pacífica en la doctrina, ya que existen discusiones sobre si la antijuridicidad es o no un requisito autónomo de la responsabilidad civil extracontractual; sobre si debe predicarse del daño o de la conducta del agente; así como también se cuestiona si el juicio de antijuridicidad es anterior o posterior al juicio de culpabilidad²⁸. Y todo lo anterior sazonado con que el CC español

²⁵ Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. (2005). “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”. *InDret*, 1/2005 (disponible en www.indret.com (visita: 12 de febrero de 2008), pp. 20 y 21), con expresa referencia a la máxima *casum sentit dominus*. Este último principio inspira a los PETL: Martin Casals, M. (2005). “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil”. *InDret*, 2/2005. Disponible en www.indret.com (visita: 12 de febrero de 2008), p. 8; European Group on Tort Law (2008). *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Traducción a cargo de la REDPEC y coordinada por Miquel Martin Casals. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, p. 49.

²⁶ De Cupis (1975), pp. 84 y ss.

²⁷ Lo que constituye la denominada “función demarcatoria” del Derecho de daños. *Vid.* Díez-Picazo (1999) 43; Salvador Coderch, P. y Castiñeira Palou, M.T. (1997). *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, pp. 103 y ss.

²⁸ La discusión, con argumentos a favor de una y otra tesis, puede revisarse, entre otros, en Busto Lago (1998), pp. 175 y ss.; Pantaleón Prieto (1991) 1993-1995; Santos Briz (1963), pp. 24 y ss.; Yzquierdo Tolsada (2001), pp. 110 y ss.; Peña López, F. (2002). *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Editorial Comares, pp. 259 y ss.; Vicente Domingo, E. (1990). “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”. *RDP*, año 74, n° 10, pp. 839 y ss.; Roca

no contiene referencia alguna a la antijuridicidad como presupuesto de aquel estatuto de responsabilidad.

La tesis que postula a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual tuvo un notorio impulso con la tesis doctoral de Busto Lago²⁹ y reavivó el debate doctrinal sobre el tema. Que la antijuridicidad se considerara como presupuesto de la responsabilidad aquiliana ya era puesto de manifiesto por De Diego, quien afirmaba que “el hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario a derecho; ha de contener la violación de una obligación legal”³⁰.

No obstante que el artículo 1902 CC no contiene expresamente referencia alguna al elemento antijuridicidad, se han dado numerosos argumentos para reconocerla como requisito de la responsabilidad extracontractual. Se señala que si se analiza el artículo 1902 en relación con los artículos 1089 y 1887 –que conforman su contexto normativo en lo concerniente a la antijuridicidad–, se deduce que las acciones y omisiones a que se refiere tal artículo quedan enmarcadas dentro de los actos u omisiones ilícitos, calificados incluso como tales por el artículo 1089 CC³¹. Se sostiene que la conjunción “o” del artículo 1089 no es disyuntiva, sino que tiene un valor aclarativo o explicativo, de manera que los actos y omisiones en que interviene cualquier género de culpa o negligencia a que se refieren los artículos 1902 y siguientes del CC son, asimismo, actos y omisiones ilícitos³².

Se agrega que los antecedentes históricos tanto del *Code* de Napoleón como del CC de 1889 llevarían a la misma conclusión. Del estudio de

Trías, E. (2007). *Derecho de daños, textos y materiales*. 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 90. Más recientemente, García-Ripoll Montijano, M. (2013). “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”. *ADC*, tomo LXVI, pp. 1503-1604.

²⁹ Busto Lago (1998).

³⁰ De Diego, F.C. (1926). *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. Tomo V. Derecho de obligaciones. Madrid: Preciados, p. 318.

³¹ Pena López, J. M. (1998). “Prólogo” de la obra de Busto Lago (1998) *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, pp. 17 y 18; Busto Lago (1998), pp. 184-187; Peña López (2002), nota 1, p. 259.

³² Busto Lago (1998), p. 184.

tales antecedentes se inferiría que desde el Derecho romano, en especial desde la *Lex Aquilia*, se exigía como elemento de la responsabilidad extracontractual la *iniuria* objetiva, o sea, la contradicción del acto con el Derecho³³. Se afirma que el daño que contemplaba la mencionada ley era “aquel que lesionando una situación jurídica ajena –*damnum contra ius*– no se encontraba justificado, bien por ser consecuencia del ejercicio de un derecho, bien por concurrir una causa de justificación de la conducta dañosa –*damnum non iure*–”³⁴.

Asumiendo la circunstancia que el *Code* no contemplara expresamente el requisito de la antijuridicidad, se señala que numerosos autores franceses entienden que la expresión *faute* (traducida como “culpa” en el artículo 1902 CC) comprende tanto la *iniuria* como la culpa³⁵.

En este mismo orden de ideas se señala que “la licitud y la ilicitud constituyen las dos constantes sobre las que pivota, a través de toda la historia, la sistematización de las fuentes de las obligaciones”³⁶: lícitos, contratos y cuasicontratos, e ilícitos, delitos y cuasidelitos³⁷. Es la doctrina del Derecho Natural la que incorporó la ley como fuente de las obligaciones, y se fue esta nueva clasificación pentapartita la que siguió Pothier y que recogió posteriormente el *Code* francés y el Código Civil italiano³⁸. Es del caso que el Código Civil español de 1889 refunde, en su artículo 1089, los delitos y cuasidelitos en una sola categoría unitaria –“actos u omisiones ilícitos”–, puesto que los actos dolosos o

³³ Pena López (1998), pp. 19 y 20; Busto Lago (1998), pp. 180, 181 y 182; Peña López (2002), nota 1, pp. 259 y 260. De Diego indica que “la ley Aquilia ya nos hablaba del *damnum iniuria datum*, daño realizado sin derecho o contra el derecho... el hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho...” (De Diego (1926), p. 318).

³⁴ Busto Lago (1998), p. 59.

³⁵ Pena López (1998), pp. 18 y 19; Busto Lago (1998), pp. 184 y 185; Peña López (2002), nota 1, pp. 259 y 260. En el mismo sentido, López Cabana, R. (1997). “Ilícitud”. En Bueres, A. y Kemelmajer, A. (directores). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 153.

³⁶ Pena López (1998), p. 18. Este autor señala que ya en el Derecho Justiniano se sistematizaron las *variae causarum figurae* de Gayo a dos unidades: el cuasicontrato se asimila al contrato por su licitud y el cuasidelito al delito por su ilicitud. Esta cuatripartición domina todo el *Ius Commune*.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

culposos originan una misma consecuencia jurídica: la obligación de reparar el daño causado³⁹.

Por otro lado, desde un punto de vista lógico, el requisito de la antijuridicidad se presentaría como una condición indispensable para poder imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima⁴⁰.

Para que el Derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuándo debe intervenir el Derecho y cuando no⁴¹.

Así, además, la antijuridicidad sería el factor de discriminación que permitiría delimitar los daños civilmente resarcibles en la responsabilidad extracontractual y contractual: la presencia de este elemento permite explicar adecuadamente porqué la muerte de un empleado imputable a un tercero es susceptible de generar daños indemnizables, mientras que no lo es el daño –idéntico desde la perspectiva estrictamente naturalística– que puede experimentar el proxeneta por la muerte también imputable a un tercero de la meretriz o el daño del empleador de un inmigrante ilegal en esas mismas condiciones⁴². Se añade que si la conducta fue ajustada a Derecho, no tiene ningún sentido seguir adelante con la indagación de si existe o no la obligación de reparar el daño⁴³.

Corroboraría la tesis en estudio la existencia de las causas de exclusión de la antijuridicidad: si la norma ha autorizado expresamente el daño, este se encuentra justificado y no sería indemnizable⁴⁴. Como,

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Pena López (1998), p. 22; Pena López (2002), nota 1, p. 260.

⁴¹ Pena López (2002), nota 1, p. 260. Bustos Pueche lo pone de manifiesto de la siguiente forma: “Siempre que se sanciona a alguien es porque ha observado un comportamiento ilícito o antijurídico, esto es, contrario a una norma jurídica, ¿cómo justificar la sanción en otro caso?” (Bustos Pueche, J. (2004). “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”. *Diario La Ley*, n° 6091. La Ley 2028/2004. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 02 de febrero de 2008), p. 7.

⁴² Busto Lago (1998), p. 60.

⁴³ Bustos Pueche (2004), p. 7.

⁴⁴ Busto Lago (1998, pp. 188 y ss.

también, la circunstancia de que existen daños no antijurídicos que originan obligaciones indemnizatorias⁴⁵: en el caso de conflicto entre dos derechos, se autoriza el ejercicio del más fuerte de ellos pero concediendo un derecho sustitutivo de indemnización al titular del derecho más débil⁴⁶.

Frente a la opinión de un sector de la doctrina que afirma que la antijuridicidad no tiene cabida en un sistema económico basado en el libre mercado, se señala que en países con desarrolladas economías capitalistas, como Alemania, Italia, Suiza, Holanda o Portugal, el presupuesto de la antijuridicidad está consagrado legislativamente⁴⁷.

Y finalmente, respondiendo al argumento dado por los detractores de esta tesis, con miras a indicar que en la consagración del abuso del derecho (artículo 7.2 CC) no se exige la antijuridicidad para dar lugar a la indemnización de los perjuicios que se causen, se señala que ello no es así. Esta circunstancia, más que negar la existencia del requisito de la ilicitud, confirmaría su existencia, puesto “que, como acto extralimitado, es un acto ilícito y, por lo tanto, un supuesto de auténtica antijuridicidad...”⁴⁸.

No obstante lo anterior, existen sólidas razones para negar a la antijuridicidad su carácter de requisito de la responsabilidad civil extracontractual. En efecto, el sistema español de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico, sino de cláusula general (artículo 1902): todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social⁴⁹. Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa⁵⁰.

⁴⁵ Busto Lago (1998), pp. 191 y 192.

⁴⁶ Cavanillas Múgica (1987), p. 147.

⁴⁷ Pena López (1998), p. 17; Pena López (2002), nota 1, p. 260.

⁴⁸ Pena López, J. M. (2004). “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, *RDP*, año 88, n° 2, p. 196.

⁴⁹ Pantaleón Prieto (1991) 1994; Roca Trías (2007), p. 90; Macías Castillo, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La Ley, p. 272.

⁵⁰ Pantaleón Prieto (1991), p. 1995; Roca Trías (2007). Yzquierdo Tolsada señala que “si no hay alusión en nuestro Código a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea

Desde esta misma perspectiva se afirma que el principio general sería el siguiente: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado⁵¹.

En relación con el hecho de que algunos comentaristas franceses entiendan incorporada la antijuridicidad en el término *faute* del artículo 1382 del *Code*, se sostiene que esa no es una idea que tuvieron en mente Domat y Pothier al enunciar el principio general de responsabilidad por culpa. Esa interpretación, por lo tanto, no se desprende del texto legal ni tampoco ese es su sentido, sino de la influencia que tuvo en la doctrina francesa el proceso codificador alemán, que sí considera la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad aquiliana⁵². Por lo demás, un importante sector doctrinario (Colin, Capitant, Boulanger, Savatier, entre otros) participa de la idea de centrar las definiciones de *faute* y *dommage* en el elemento subjetivo de la culpabilidad, abandonando la referencia a la violación de una norma protectora de la víctima⁵³.

Se agrega que no son aceptables las diversas concepciones que se han esbozado para dar una descripción de la antijuridicidad como un elemento independiente: a) no es admisible la concepción que sostiene que un daño es ilícito o antijurídico cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva, ya que existen actos dañosos que originan responsabilidad civil sin que exista mandato le-

porque se ha pretendido encajar el elemento de la antijuridicidad en el de la culpa: el artículo 1902 no dice que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia" (Yzquierdo Tolsada (2001), p. 112). Se indica que la antijuridicidad no es suficiente para valorar la conducta, toda vez que el modelo de conducta ilícita está integrado por la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin culpabilidad no existe una antijuridicidad jurídicamente relevante (De la Vega García, F. (2001). *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas, pp. 186, 187 y 188).

⁵¹ De Lorenzo (1996), p. 77.

⁵² Vicente Domingo (1990), p. 819. Según esta autora, esa influencia se llevó a cabo a través de los intérpretes alemanes del *Code* y de los autores franceses con formación germánica.

⁵³ Vicente Domingo (1990), p. 820.

gal específico alguno y porque es impracticable que las normas puedan reglamentar los innumerables eventos dañosos que se producen en la vida social⁵⁴; b) también es inaceptable la posición doctrinaria que sostiene que el daño es antijurídico cuando lesiona un derecho subjetivo absoluto, pues el supuesto de hecho del artículo 1902 CC no requiere su lesión⁵⁵: “La protección de los derechos subjetivos absolutos es función del reconocimiento de derechos y acciones como la reivindicatoria, la negatoria y las de cesación o eliminación de la actividad o del estado de cosas lesivo, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber de soportar”⁵⁶; y c) tampoco exige el citado artículo 1902, como presupuesto, la lesión de otro derecho subjetivo cualquiera o un interés jurídicamente protegido del dañado⁵⁷. Se rechaza considerar esta última hipótesis como supuesto, además, porque la vaguedad de los términos no conllevan ninguna mínima precisión⁵⁸.

En virtud de lo sostenido anteriormente,

es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y que dicha antijuridicidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1902 CC sería una norma secundaria) protectora del interés lesionado⁵⁹.

Quienes identifican la conducta antijurídica con la violación del principio genérico del *alterum non laedere* del artículo 1902 confunden la antijuridicidad con el elemento daño⁶⁰.

⁵⁴ Yzquierdo Tolsada (2001), p. 111. Se afirma que la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos (Díez-Picazo (1999), p. 292).

⁵⁵ Pantaleón Prieto (1991), p. 1994; Díez-Picazo (1999), p. 292. Esos derechos subjetivos absolutos, según el iusnaturalismo racionalista, serían los relativos a la vida, la integridad corporal y la propiedad (Yzquierdo Tolsada (2001), p. 111).

⁵⁶ Díez-Picazo (1999), p. 292.

⁵⁷ Pantaleón Prieto (1991), p. 1994; Yzquierdo Tolsada (2001), p. 111.

⁵⁸ Yzquierdo Tolsada (2001), p. 112.

⁵⁹ Pantaleón Prieto (1991), pp. 1994 y 1995.

⁶⁰ Reglero Campos, L.F. (2002). “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En Reglero Campos, L. F (coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. 2ª edición. Pamplona: Thomson Aranzadi, p. 66.

Asimismo, es inaceptable fundar la antijuridicidad en la violación del *alterum non laedere*, considerándolo como una pretendida norma primaria: una regla de este tipo no podría incluirse en un ordenamiento jurídico de libre competencia, que acepta y estimula la realización de actividades que estadísticamente producen importantes daños⁶¹. Se señala que recurrir a tal aforismo solo aumenta la confusión, ya que se trata de un principio de carácter generalísimo que requiere concreción⁶². Por lo demás y reiterando lo ya dicho, la violación del *alterum non laedere* no constituye antijuridicidad, ya que ello presupone el daño, debido a lo cual se confunde la antijuridicidad con este elemento⁶³.

Se añade que si se fundara el juicio de antijuridicidad no en el “desvalor del resultado” sino en el “desvalor de la conducta”, o sea, como la infracción de una “norma de determinación” o de un “imperativo de conducta”, se exigiría demostrar cuál es la necesidad que existe de añadir el elemento de la antijuridicidad al elemento daño⁶⁴. “La acción u omisión negligente del dañante, es decir, el desvalor de su conducta, se inscribe en la imputación subjetiva y cae fuera de un supuesto ámbito específico de la antijuridicidad”⁶⁵.

Por lo demás, en materia de daños del orden civil, la antijuridicidad es reemplazada por la imputabilidad, exigiéndose siempre el resultado: “producido el daño se obliga a su reparación a un determinado sujeto, en virtud de un determinado título de imputación (la culpa, el riesgo, el sacrificio...)”⁶⁶.

⁶¹ Pantaleón Prieto (1991), p. 1995.

⁶² Díez-Picazo señala en su origen que el brocardo *alterum non laedere*, era poco más que un precepto moral, cuando formaba parte del *tria iuris praecepta* de Ulpiano. “En términos estrictamente jurídicos, hay que proceder a esta concreción del *non-laedere* que es un concepto de daño explícito, a menos que se incurra tajantemente en la anfibología que poco más o menos sería decir que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico” (Díez-Picazo (1999), p. 292).

⁶³ Reglero Campos (2002), p. 66.

⁶⁴ Pantaleón Prieto (1991), p. 1995.

⁶⁵ Reglero Campos (2002), pp. 65 y 66. Por ello, se ha sostenido que si el artículo 1902 CC no contiene referencia alguna a la antijuridicidad es porque se ha pretendido encajarlo en la culpa (Yzquierdo Tolsada (2001), p. 112).

⁶⁶ Reglero Campos (2002), p. 66.

Como corolario de las razones antes expuestas dan como ejemplo la situación del ejercicio abusivo del derecho. Conforme al artículo 7.2 del Código Civil, todo acto u omisión que por su intención, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho y provoque un daño, dará lugar a la correspondiente indemnización. Pues bien, esta disposición no hace ninguna referencia a la ilicitud para hacer procedente el resarcimiento⁶⁷.

Pues bien, atendidas las tesis contrapuestas recién reseñadas, ¿qué queremos decir, entonces, al hablar de daño antijurídico?

Con tal expresión queremos significar lo que una parte importante de la doctrina estima como daño resarcible a título de responsabilidad civil, la cual centra toda su atención en el elemento “daño”. Esta tesis afirma que todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social⁶⁸. Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa⁶⁹. Desde la perspectiva del principio *pro damnato* o *favor victimae* se señala que “por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”⁷⁰.

Así las cosas, el principio general sería el siguiente: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto, salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado⁷¹. Por ello, el profesor Díez-Picazo afirma que “los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza, si concu-

⁶⁷ Vicente Domingo (1990), p. 833.

⁶⁸ Pantaleón Prieto (1991), p. 1994; Roca Trías (2007), p. 90; Macías Castillo (2004), p. 272.

⁶⁹ Pantaleón Prieto (1991), p. 1995; Roca Trías (2007), p. 90; Yzquierdo Tolsada (2001), p. 112; De la Vega García (2001), pp. 186, 187 y 188.

⁷⁰ Díez-Picazo (1979), p. 734. Le siguen Llamas Pombo, E. (2000). “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”. En Moreno Martínez, J. A. (coordinador). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, p. 301; y Macías Castillo (2004), p. 272.

⁷¹ De Lorenzo (1996), p. 77.

re una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona”⁷².

Pues bien, lo anterior implica aceptar que la antijuridicidad se predica no respecto de la conducta que origina el daño sino del daño mismo⁷³, por lo que sólo debe examinarse a efectos de constatar la existencia de una causa de justificación⁷⁴ que elimine la injusticia o ilicitud del mismo⁷⁵. Así, se ha dicho que “de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres”⁷⁶; “a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos (aunque no constituyan propio derecho subjetivo), ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación”⁷⁷.

Decimos que la antijuridicidad no se predica de la conducta generadora del daño, desde que la responsabilidad puede surgir de hechos que considerados en sí mismos son lícitos, como conducir un automóvil o poner en funcionamiento una industria que cuente con las respectivas autorizaciones; como que, además, mientras no exista daño, nada hay que indemnizar⁷⁸, aunque la conducta desplegada sea ilícita.

Así, el daño antijurídico sería aquel hecho dañoso que no está justificado por el ordenamiento jurídico. Lo que también ha sostenido la doc-

⁷² Díez-Picazo (1979), p. 735.

⁷³ Llamas Pombo, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*. Madrid: Trivium, nota 215, p. 87; Lasarte Álvarez, C. (2006). *Principios de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. 10ª edición. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 347; Díez-Picazo (1999), pp. 290, 291, 297 y 298; Macías Castillo (2004), p. 273.

⁷⁴ Macías Castillo (2004), p. 273.

⁷⁵ Llamas Pombo, E. y Macías Castillo, A. (1998). “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”. *AC*, n° 44, p. 1067.

⁷⁶ De Ángel Yagüez (2000). “Art. 1902”. En Sierra Gil de la Cuesta, I. (Presidente y coordinador). *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch, p. 365.

⁷⁷ Lacruz Berdejo, J. L. et al (2005). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. 3ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson, p. 445.

⁷⁸ Díez-Picazo (1999), p. 290.

trina italiana a partir de la interpretación de la expresión *danno ingiusto* que utiliza el artículo 2043 del *Codice*. En efecto, el artículo 2043 del CC italiano de 1942 prescribe que *qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*. Se ha puesto de relieve que la expresión *danno* se utiliza dos veces en esta disposición: en la parte inicial, el concepto daño está consagrado como una cláusula general, referido a los intereses dignos de tutela para el ordenamiento jurídico; en la parte final, como sinónimo de daño patrimonial, para diferenciarlo del no patrimonial regulado en el artículo 2059⁷⁹.

La originalidad de esta disposición es la utilización del adjetivo “injusto” para caracterizar al daño resarcible a título de ilícito civil. Así, a diferencia del artículo 1151 del código de 1865⁸⁰, el código de 1942 introdujo el requisito de la injusticia del daño para diferenciar la culpa de la *iniuria*⁸¹.

A partir de la década de los años sesenta del siglo pasado se comenzó a replantear el significado del *danno ingiusto*, sobre la base de constatar que la injusticia se predica del daño y no de la conducta. Esta nueva concepción doctrinal tiene la virtud de separar el concepto del ilícito de la culpa civil y, además, de observar una doble previsión en el artículo 2043: la primera, relativa a una cláusula general de responsabilidad (daño injusto), y la segunda, que fija un criterio de imputación de la responsabilidad (culpa)⁸².

En este nuevo escenario, Schlesinger afirma que el artículo 2043 ha codificado el principio general del *alterum non laedere*, que se presenta como un instrumento idóneo para tutelar los más variados intereses frente a la rigidez del esquema apriorístico de la antijuridicidad. Soste-

⁷⁹ Franzoni, M. (2002). *Danno ingiusto e danno risarcibile nella responsabilità civile*. Disponible en www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/monografie_ricerche/franconi.pdf (visita: 5 de marzo de 2008), p. 1.

⁸⁰ El cual disponía que *qualunque fatto dell'uomo che arreca danno all'altro, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*.

⁸¹ Visintini (1987), p. 177.

⁸² Visintini (1987), p. 181.

niendo que no es deseable correr el riesgo de paralizar toda actividad ante la amenaza de resarcir cualquier daño, propone una interpretación que concilie los intereses de los dañadores y de los dañados. Así, para lograr tal equilibrio, propugna que daño injusto significa daño no justificado *–non iure–*, en el sentido de que el hecho lesivo no está autorizado por la norma⁸³. De este modo, el resarcimiento del daño no se valora en función de la existencia o no de una protección al interés lesionado, sino en función de la existencia o no de una protección del ordenamiento al interés del dañante a desarrollar una actividad, aun a costa del sacrificio de otro⁸⁴.

Así, ya no se habla de resarcimiento de derechos subjetivos, sino de intereses legítimos⁸⁵, considerando en ellos incluso a las expectativas legítimas⁸⁶. Por ello, Visintini define el daño como lesión de intereses jurídicamente relevantes⁸⁷.

En virtud de lo recientemente expuesto, el artículo 2043 pasa a tener el carácter de una norma primaria⁸⁸, la cual califica, a través de la *ingiustizia*, los agravios o daños que merecen reparación. De esta forma, la injusticia adquiere una función amplia, ya que el término *ingiusto* no solo va a entenderse en el sentido de antijurídico (*contra ius*), sino también en el sentido de daño no justificado (*non iure*)⁸⁹.

Por lo tanto, el criterio de la injusticia del daño constituye una válvula de apertura que tendrá su medida o alcance según los parámetros de justicia que predominen en la sociedad. “La connotación de la injusti-

⁸³ Schlesinger (1960), p. 342.

⁸⁴ Schlesinger (1960), p. 343.

⁸⁵ Satta, S. (1963). “La responsabilità per lesione di interessi legittimi”. *RDC*, parte prima, pp. 325 y ss.

⁸⁶ Galgano, F. (1985). “Le mobili frontiere del danno ingiusto”. *Contratto e impresa*, Padova: Cedam, p. 1.

⁸⁷ Visintini (1987), p. 182. Así también lo constata Vicente Domingo (1990), p. 823.

⁸⁸ Schlesinger (1960), p. 342.

⁸⁹ Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natolli (1995). *Diritto Civile, 3, Obbligazioni e Contratti*. Torino: Utet, p. 708; Vicente Domingo (1990), p. 824.

cia del daño, ha devenido, en esta prospectiva, factor esencial de cada juicio de responsabilidad y punto focal de la disciplina del ilícito”⁹⁰.

Recapitulando, existen ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer⁹¹. Estos son los denominados daños no antijurídicos, que, por exclusión, podemos catalogar como todos aquellos que no caen dentro de la órbita de los daños antijurídicos.

Pero como hemos dicho, no todos los daños antijurídicos generan las mismas consecuencias. Así, en algunas oportunidades, las exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre típicamente en las relaciones de vecindad, en que el mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación genera una serie de disgustos que el Derecho solo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*⁹². La condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando las mismas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria⁹³. Por ello se afirma que el daño vecinal será antijurídico cuando sobrepase los límites de la normal tolerabilidad: de no mediar la nota de antijuridicidad, plasmada en el ámbito de las relaciones vecinales en el concepto de la tolerancia, no habrá obligación legal de reparar el daño causado⁹⁴.

Más aun, existen otros daños, incluso deliberadamente queridos por su autor, que no admiten reparación: aquellos causados con el consentimiento de la víctima. Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quien los originó⁹⁵.

⁹⁰ Bessone, M. (2000). *Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*. Milán: Giuffré, p. 55.

⁹¹ Díez-Picazo (1999), p. 294.

⁹² Alonso Pérez (1983, p. 358.

⁹³ *Vid.* Lacruz Berdejo (2003), p. 272.

⁹⁴ Macías Castillo (2004), p. 275.

⁹⁵ Entre otros, De Ángel Yagüez (1993), p. 284; Díez-Picazo (1999), pp. 304 y 305; Santos Briz (1963), pp. 83 y 84; Busto Lago (1998), pp. 292 y ss.; Lehmann, H. (1956). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Vol. I. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español de

Los daños causados en el legítimo ejercicio de un derecho no se reparan: *qui suo iure utitur neminem laedit*. Es decir, esta atribución jurídica excluye la ilicitud de un acto abstractamente injusto⁹⁶, ya que, por razones especiales, el Derecho permite la intervención en bienes ajenos en los casos en que se ejercite “una facultad jurídico privada especialmente atribuida para proceder a una determinada intervención”⁹⁷.

Existe otro supuesto más extremo en que la causación de un daño es connatural al ejercicio del derecho, como lo son los perjuicios causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga⁹⁸. De este supuesto nos ocuparemos a continuación.

IV. DAÑOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO DE HUELGA

El artículo 28.2 CE reconoce “el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Se trata de un derecho constitucional que autoriza a ejercer una coacción física, presión o intimidación encaminada a contrarrestar la preeminencia empresarial⁹⁹ o establecer a favor de las personas en estado de dependencia salarial “una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas”¹⁰⁰. Bajo este prisma, los daños causados en el ejercicio legítimo de este derecho constitucional tampoco son reparables.

Debe tenerse presente que la producción de daños pertenece a la esencia misma de la huelga¹⁰¹; a tal punto que se ha sostenido que la misma

José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 493.

⁹⁶ Von Thur (2007), p. 216; Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 134 y 135.

⁹⁷ Lehmann (1956), p. 492.

⁹⁸ Pantaleón Prieto (1991), p. 1995.

⁹⁹ Goñi Sein, J. L. (1990). “La responsabilidad civil del sindicato por huelga”. *REDT*, n° 43, p. 419.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹⁰¹ Goñi Sein (1990), p. 420; Baylos Grau, A. y Valdés de la Vega, B. (1997). “El abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la responsabilidad del Comité de Empresa por los daños ocasionados (Comentario a la sentencia Núm. 203/1996, de 26 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid. Magistrado ponente: E. Palomo Balda)”. *AL*, n° 5, pp. 79 y 80; Ferrando García, F. (2001). *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 26.

implica el derecho de causar un daño al empresario¹⁰², el cual debe soportarlo en la medida que se ejerza dentro de los límites que circunscriben este derecho¹⁰³. En el Derecho francés se habla de un verdadero *droit a nuire* debido a que la posibilidad de ese daño se encuentra contenida en la actividad cuyo ejercicio se considera útil a la comunidad¹⁰⁴.

Se añade que no basta con que el demandante alegue y pruebe que ha sido agredido o lesionado en sus derechos, sino que es preciso que su adversario no pueda oponer un derecho más fuerte positivo o negativo, pues a veces se tiene derecho de lesionar a otro por una iniciativa o por una abstención¹⁰⁵.

Estos especiales ejercicios de derechos no amparan la producción de toda clase de daños, sino solo aquellos consustanciales a tal ejercicio, ya que los daños causados por sobre el normalmente aceptable en tal condición dan derecho a su indemnización en esa parte¹⁰⁶.

Por lo tanto, determinar las fronteras del derecho de huelga constituye una tarea indispensable para calificar el ejercicio del derecho de huelga como legítimo o no. Se distinguen los límites internos o intrínsecos de los externos o extrínsecos. Los primeros provienen de la configuración de la huelga en el ordenamiento positivo en vinculación con los valores propios de la relación de trabajo¹⁰⁷. Los segundos se hacen derivar de una comparación entre el derecho constitucional de huelga con otros derechos que también gozan de protección constitucional¹⁰⁸.

¹⁰² Tárraga Poveda, J. (2001). "Una huelga sin daños (indemnizables)". *Aranzadi Social*, BIB 2001/421. Disponible en www.westlaw.es (visita: 10 de noviembre de 2009), p. 2; Starck (1972), p. 37; Karila de Van (1995), p. 538.

¹⁰³ Goñi Sein, J. L. (1991). "Límites al resarcimiento de daños causados por la huelga". *Diario La Ley*, La Ley 18003/2001. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009), p. 9; Ceinos Suárez, A. (2000). "Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales". *AL*, La Ley 3075/2001. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009), p. 12.

¹⁰⁴ Starck (1972) 37; Karila de Van (1995), p. 538.

¹⁰⁵ Díez-Picazo (1999), p. 294.

¹⁰⁶ Cfr., Quintanilla Navarro, R. (2008). "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica". *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 73, p. 344; Tárraga Poveda (2001), p. 3.

¹⁰⁷ Goñi Sein (1990), p. 424.

¹⁰⁸ Cancio Fernández, R. (2002). "La responsabilidad de la organización sindical por el ejer-

1. Límites internos del derecho de huelga

La noción de límites internos del derecho de huelga fue introducida al debate por la sentencia del Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981¹⁰⁹, la cual, en su fundamento jurídico n° 10 y con apoyo en la institución del abuso del derecho, condiciona el ejercicio de aquel a la existencia de proporcionalidad y sacrificios mutuos entre los trabajadores y los empresarios, a más de declarar vigentes durante ella los deberes mutuos de lealtad y de honradez. Al amparo de esta idea se ha indicado que los límites internos se distinguen en función del motivo por el cual las huelgas se apartan del ámbito de protección del derecho, a saber: las huelgas abusivas, por su potencialidad dañosa; las ilegales, por resultar ajenas a su fin; y las ilícitas, por ignorar el procedimiento previsto en la ley¹¹⁰.

El concepto de huelga abusiva se deriva de los principios que, según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, deben inspirar el derecho de huelga: proporcionalidad de los sacrificios, el deber mutuo de lealtad y honradez. Estos principios los obtiene dicha magistratura de la interpretación del artículo 7 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), que refiere al ejercicio del derecho de huelga y a la constatación de que este “es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario”¹¹¹. Por ello, conforme al artículo 7.2 RDLRT, las huelgas rotatorias, las realizadas por trabajadores que presen servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos. Respecto de estas modalidades existe una presunción *iuris tantum* de su naturaleza abusiva¹¹², lo

cicio del derecho de huelga”. *AL*, n° 25, La Ley 2150/2002. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 2 noviembre 2009), p. 5.

¹⁰⁹ RTC 1981/11. Así lo pone de manifiesto Cancio Fernández (2002), p. 6.

¹¹⁰ Goñi Sein (1990), p. 424.

¹¹¹ Fundamento jurídico n° 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹¹² Ferrando García (2001), pp. 35 y 36; Goñi Sein (1990), p. 425.

cual no restringe la calificación de abusivos a otros comportamientos huelguísticos no mencionados en el artículo 7.2 RDLRT¹¹³.

Las huelgas ilegales son aquellas mencionadas en el artículo 11 RDLRT: las iniciadas o sostenidas por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional; las de solidaridad o apoyo; las que tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo establecido por laudo; y las que se declaran contraviniendo expresamente lo pactado en un convenio colectivo para la solución de conflictos.

La inobservancia de los límites procedimentales que sujetan y condicionan el ejercicio del derecho de huelga da lugar a las huelgas ilícitas¹¹⁴. De esta manera, una huelga será ilegítima si no se cumplen las exigencias del artículo 3 RDLRT en relación con la declaración y comunicación de la huelga y la constitución del comité de huelga.

No todos están de acuerdo con la circunstancia de que el derecho de huelga reconozca la existencia de límites internos para efectos de determinar si su ejercicio genera o no responsabilidad¹¹⁵. Este derecho solo estaría restringido por los límites que fija la Constitución y el ejer-

¹¹³ Refiriéndose a otros comportamientos no contemplados en el artículo 7.2 RDLRT, la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11) señala que “el abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado. Así, una huelga de duración formal escasa consigue prolongar sus efectos en el tiempo, posee una duración sustancial muy superior y exige del empresario el costo adicional de la reorganización. El abuso del derecho de huelga puede, finalmente, consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo. Este elemento de simulación es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer”. Otro supuesto no considerado en el artículo 7.2 RDLRT lo constituye la huelga intermitente, la cual, en principio, no es abusiva, salvo que produzcan un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto. En este sentido, sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 2 de diciembre de 1982 (RTC 1982/72) y de 21 de marzo de 1984 (RTC 1984/41). Y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000/522) y de 30 de junio de 1990 (RJ 1990/5551).

¹¹⁴ Goñi Sein (1990), pp. 426 y 427; Cancio Fernández (2002), p. 6.

¹¹⁵ Goñi Sein (1990), p. 433.

cicio de los otros derechos reconocidos por ella¹¹⁶. Más aun, se critica el principio de la proporcionalidad de los sacrificios, pues ella supone presumir la igualdad entre trabajadores y empresarios¹¹⁷. Y también se reprocha la alusión al deber mutuo de lealtad y honradez, ya que resultaría incorrecto extender los criterios generales que rigen la ejecución del contrato de trabajo a un momento es que este se encuentra legalmente suspendido¹¹⁸.

2. Límites externos del derecho de huelga

Desde un prisma amplio, los límites externos al ejercicio del derecho de huelga no se diferencian de los límites de otros derechos. Así, constituyen límites externos a cualquier derecho la moral, el orden público, la seguridad del Estado o los genéricos derechos de terceros. Pero, centrados en el concepto constitucional del derecho de huelga, entre los intereses que limitan desde fuera el ejercicio de este ocupan un lugar más destacado que el resto aquellos que se garantizan a través de los servicios esenciales de la comunidad. Además, como tuviera ocasión de advertir el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, ya aludida, el derecho de huelga está limitado no solo por otros derechos constitucionales, sino también por otros bienes constitucionalmente protegidos¹¹⁹.

Precisando, el derecho de huelga aparece limitado por la existencia de otros derechos constitucionalmente protegidos en igual o inferior grado¹²⁰. Cuando concurren ambos, se limitan recíprocamente; ante una posible colisión, deben coordinarse; no siendo correcto el sacrificio ab-

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Cancio Fernández (2002), p. 6. Se ha indicado que “la teoría de la equivalencia o proporcionalidad de daños no es pacífica y ha sido objeto de crítica doctrinal, considerando que al acudir a las técnicas propias del Derecho civil se desnaturaliza la huelga, situándola en el terreno del derecho común que no le es propio (Tárraga Poveda (2001), p. 5)”.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Terradillos Ormaetxea, E. (2005). “Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas”. En Baylos Grau, A. (coordinador). *Estudios sobre la huelga*. Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 47 y 48.

¹²⁰ Goñi Sein (1990), p. 433.

soluta de uno frente a otro¹²¹. Dentro de estos límites encontramos a los siguientes¹²²:

a) El derecho a trabajar de quienes no quieren adherirse a la huelga (artículo 6.4 RDLRT).

b) La libertad de los empresarios y de los trabajadores no huelguistas, en atención a que el ejercicio del derecho de huelga debe realizarse sin ocupación del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (artículo 7.1 RDLRT). Si bien es cierto que el derecho de huelga limita la libertad de empresa reconocida y garantizada en el artículo 38 CE, no puede conducir a su completa anulación por una absoluta reducción de la capacidad organizativa empresarial¹²³.

c) El derecho de la comunidad a los servicios esenciales (artículos 28.2 CE y 10.2 RDLRT). No existe una enumeración de tales en la Constitución o en la Ley. Se ha sostenido que la expresión “servicios esenciales” recoge una práctica internacional consagrada también en los estándares de la OIT, como sinónimo de servicios vitales para la vida, la seguridad pública o la salud¹²⁴. Asimismo, para reconocer la esencialidad de un servicio o actividad hay que atender el carácter de los bienes o intereses satisfechos, por lo que los meros bienes constitucionales desconectados de lo que propiamente constituyen los derechos fundamentales y libertades públicas con un mínimo contenido prestacional, no pueden constituirse en objeto de tutela preferente en caso de huelga¹²⁵.

¹²¹ Cancio Fernández (2002), p. 5.

¹²² Seguimos la enumeración efectuada por Goñi Sein (1990), pp. 427 y ss. En sentido similar, Cancio Fernández (2002), p. 5.

¹²³ García-Perrote Escartín, I. (2006). “El alcance constitucional del derecho de huelga”. En Casas, M.E., Cruz, J. y Durán, F. (coordinadores). *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley 5431/2007. Disponible en www.laleydigital.es (visita 2 de noviembre de 2009), p. 7.

¹²⁴ Rodríguez-Piñero, M. (1987). “En torno a la huelga en los servicios esenciales”. *RL*, La Ley 6142/2007. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 27 de noviembre de 2009), p. 1.

¹²⁵ Monreal Bringsvaerd, E. (2007). “Última jurisprudencia sobre huelga en servicios esenciales: puntos críticos”. *AL*, n° 21, La Ley 6142/2007. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 27 de noviembre de 2009), p. 1.

d) El respeto de los intereses generales relativos a la seguridad de las personas y de las cosas, así como de la integridad de la organización productiva de la empresa. La huelga no puede poner en peligro la integridad individual de las personas, como cuando se la conmina a permanecer en una dependencia concreta o se le impide el abandono de la misma¹²⁶. Asimismo, se ha reconocido la indemnidad de los bienes de capital¹²⁷, desde que la ocupación de los locales y dependencias se torna ilícita cuando se vulnera el derecho de los empresarios sobre las instalaciones y los bienes¹²⁸.

e) El derecho al honor, reconocido en el artículo 18 CE, debido a que los trabajadores en huelga no pueden calumniar o injuriar a los empresarios o trabajadores no huelguistas¹²⁹. Lo anterior no es más que la aplicación de los límites que el artículo 20.4 CE impone a la libertad de expresión.

3. Daño no reparable en el derecho de huelga

Reconociendo que es de la esencia del derecho de huelga producir daños que el ordenamiento jurídico acepta, debemos también observar que el alcance de esta protección no es ilimitado. En efecto, todo daño infligido al empresario por sobre el normalmente aceptable en una manifestación huelguística es abusivo y da derecho a su indemnización en esa parte¹³⁰. Por lo tanto, es preciso distinguir entre el daño admisible y el daño indemnizable.

El daño admisible es aquel perjuicio “típico” que se deriva de la paralización de la actividad productiva, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto¹³¹. Se trata, sin duda, de un daño lícito no reparable.

¹²⁶ Goñi Sein (1990), p. 428.

¹²⁷ Fundamento jurídico n° 20 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹²⁸ Fundamento jurídico n° 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹²⁹ Goñi Sein (1990), p. 428.

¹³⁰ Quintanilla Navarro (2008) 344; Tárraga Poveda (2001), p. 3.

¹³¹ Baylos Grau y Valdés de la Vega (1997), p. 80.

Para determinar el daño admisible se ha recurrido al principio de proporcionalidad de los sacrificios de las partes y a la ruptura del principio de la buena fe.

3.1 El principio de proporcionalidad de los sacrificios de las partes

El principio de la proporcionalidad exige un equilibrio entre el daño soportado por los huelguistas –la pérdida de salario– y el daño sufrido por la empresa –la ausencia de la prestación laboral–¹³². Este principio no concurrirá en aquellos casos en que la huelga se extienda a sujetos que inicialmente no pretendían adherirse a la paralización de actividades o afecte a la producción por más tiempo que el de duración de la propia huelga¹³³.

Manifestaciones de la proporcionalidad encontramos en la técnica del perjuicio adicional y el principio de la razonabilidad. El primero se produce cuando la huelga origina una desorganización de los elementos de la empresa, en virtud de la cual esta tiene que revisar su capacidad de producción¹³⁴. El principio de la razonabilidad supone que los daños producidos por la huelga no pueden ser superiores a los razonablemente derivados de la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga naturalmente implica¹³⁵.

Estas hipótesis se plasmaron en la sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de diciembre de 1999¹³⁶, que enjuició una huelga ejecutada mediante la paralización en distintos intervalos de tiempo, siendo cada una de estas desconvocadas en épocas muy cercanas a la fecha fijada para su realización. Como se trataba de una empresa con sistema de producción “justo a tiempo”, esta no dispuso del tiempo necesario para adquirir las materias primas indispensables para continuar con la

¹³² Lahera Forteza, J. (2000). “El abuso del derecho en la huelga intermitente (Comentario a la STS 4ª de 17 de diciembre de 1999)”. *AL*, n° 19, La Ley 6318/2002. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 10 de noviembre de 2009), p. 3.

¹³³ Baylos Grau y Valdés de la Vega (1997), p. 80. En el mismo sentido, Fundamento jurídico n° 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹³⁴ Lahera Forteza (2000), p. 3.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ RJ 2000/522.

producción luego de desconvocadas las paralizaciones y, no obstante, debió abonar los salarios a los trabajadores. Sobre estos puntos, el fundamento jurídico n° 8 de la sentencia en comentario señaló que

la desproporción entre los daños producidos al empresario y los sacrificios asumidos por los huelguistas... es de apreciar también en el caso en litigio. Los representantes de estos últimos han procurado de manera reiterada reducir el coste de las pérdidas salariales correspondientes al tiempo de huelga mediante la práctica de desconvocar de manera imprevista los paros declarados, sin que el empresario pudiera, a la vista del sistema de producción “justo a tiempo”, poner a su disposición toda la materia prima y materiales en proceso necesarios para el trabajo. Con ello se ha infligido al empresario un daño que excede con mucho del lucro cesante derivado de la no colaboración de los trabajadores en que consiste la huelga y de los costes organizativos normales que resultan inevitablemente de una cesación total o parcial de la actividad productiva.

A su turno, el fundamento jurídico n° 9 agregó lo siguiente:

Se ha dicho en las actuaciones que este daño o “perjuicio añadido” debe ser imputado a la empresa, que es la que ha adoptado un sistema de producción que la hace más vulnerable a medidas de conflicto colectivo de esta clase o similares, y no a la representación de los trabajadores, que tendrían derecho a elegir las acciones de conflicto que considerara oportunas, aunque produjeran tal “perjuicio añadido”. Pero el argumento no convence. La libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución faculta al empresario, dentro del respeto a los derechos de los trabajadores, para elegir el sistema de producción que considere más adecuado, sin afrontar más riesgos o eventualidades que los inevitables en cualquier actividad productiva. Dentro de estas eventualidades se pueden encontrar desde luego los daños o pérdidas de utilidad derivados del ejercicio del derecho de huelga. Pero el ejercicio del derecho de huelga consiste, en lo esencial, en suspender temporalmente la colaboración contractual con el empresario, con las consiguientes pérdidas de producción y costes de organización, pero no en causarle “perjuicios añadidos” como los que resultan en un sistema de producción “justo a tiempo” de las “desconvocatorias” imprevistas de los paros declarados. Como se dice en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, y se ha repetido constantemente desde entonces, la

atribución del derecho de huelga a los trabajadores supone el reconocimiento de un instrumento de presión en la negociación de aquéllos con los empresarios pero no elimina o hace desaparecer el deber de buena fe entre las partes de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, uno de cuyos ingredientes es precisamente la evitación de los daños o pérdidas de utilidad que excedan de los inherentes a la cesación de la actividad de trabajo en que la huelga consiste.

3.2 La ruptura del principio de la buena fe

El principio de la buena fe es otro elemento integrante del concepto de daño admisible en el ejercicio legítimo del derecho de huelga. Por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981¹³⁷ declaró expresamente que la huelga no hace desaparecer el deber mutuo de lealtad y honradez. Pero, por otra parte, es evidente que este deber se transforma, pues la obligación de colaboración con la empresa cede hacia una aceptación de aumentos de costes para el empresario, producto de la eficacia de las medidas de presión¹³⁸. Por lo tanto, el deber de buena fe se relativiza durante la huelga¹³⁹.

En mérito de lo anterior, el quebrantamiento de la buena fe se produce por la búsqueda consciente y voluntaria por parte de los huelguistas de causar un daño grave y desproporcionado a la empresa.

3.3 Daño indemnizable y daño no reparable en el derecho de huelga

La existencia del daño y la intención de causarlo se configuran, entonces, como criterios que deslegitiman el ejercicio del derecho de huelga¹⁴⁰, lo cual ha tenido respaldo en las decisiones del Tribunal Constitucional español: "... no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido

¹³⁷ RTC 1981/11.

¹³⁸ Baylos Grau y Valdés de la Vega (1997), p. 82.

¹³⁹ Ferrando García (2001), p. 42.

¹⁴⁰ Baylos Grau y Valdés de la Vega (1997), p. 82; Ferrando García (2001), p. 42.

por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica..."¹⁴¹.

Por lo anterior, se ha sostenido que una reclamación empresarial por daños exige acreditar dos elementos: uno objetivo, el daño excesivo, y otro subjetivo, la intencionalidad del autor¹⁴². Así, se han rechazado demandas indemnizatorias cuando, además de no acreditarse la desproporcionalidad de los daños producidos, no se ha probado la intencionalidad de los mismos¹⁴³. También, cuando no se ha acreditado la gravedad del daño, como lo resolvió el Tribunal Supremo conociendo de una huelga intermitente:

Es evidente que la huelga, cuyas secuelas indemnizatorias se reclaman en estos autos, no llegó a conformar un daño con entidad suficiente, tanto desde la perspectiva de la interrupción del servicio de transporte aéreo, en sí, como desde la gravedad del perjuicio material ocasionado a la empresa, que permita atribuir al conflicto colectivo de referencia la nota de ilegalidad o abuso en el ejercicio de un derecho, constitucionalmente protegido, que le asigna la empresa, demandante-recurrente, para postular el resarcimiento económico pretendido en la demanda origen de este litigio. Al respecto, no puede, ciertamente, ignorarse que el movimiento huelguístico en cuestión, desarrollado en forma discontinua o intermitente, se enmarca en el ámbito de un prolongado proceso reivindicatorio, tendente a una reordenación profesional, en el seno de la empresa, del sector laboral representado por el Sindicato demandado, por lo que no es dable admitir una manifiesta desproporción entre el objetivo perseguido por la huelga y no atendido, oportuna y adecuadamente, por la empleadora y el daño causado a esta última, sin que, por otra parte, quepa atribuir una intencionalidad distinta a la que

¹⁴¹ Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982 (RTC 1982/72) y de 21 de marzo de 1984 (RTC 1984/41). Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000/522).

¹⁴² Alfonso Mellado, C. (2013). "La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo". En: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Ediciones Cinca. Artículo disponible en http://fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/ponencias/carlos_alfonso_mellado.pdf (visita: 15 de diciembre de 2015), p. 55.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990 (RJ 1990/5551), Fundamento de Derecho 8º.

debe inspirar cualquier tipo de acción defensora del interés colectivo en juego a la actuación del Sindicato convocante de la huelga sujeta a enjuiciamiento¹⁴⁴.

En este escenario, el daño indemnizable, en contraposición al daño no reparable, es un concepto de valor específico que ha de ser diferenciado del daño legítimo o admisible en el ejercicio del derecho¹⁴⁵. Para su determinación no deben aplicarse criterios estrictamente civiles¹⁴⁶—que exigen la reparación de la totalidad del daño—, puesto que solo debe indemnizarse el perjuicio suplementario que causa el acto o comportamiento ilícito y en aquella parte que excede del legítimo ejercicio del derecho de huelga¹⁴⁷.

De esta manera, para establecer el daño indemnizable conviene determinar previamente cuáles son los daños admisibles en el derecho de huelga a fin de conocer los límites del mismo. Se ha escrito que aquellos son los efectos económicos que, como mínimo, se derivan de la huelga en relación con las siguientes partidas: la reducción del beneficio que deriva de la falta de producción, el derivado de la pérdida eventual de clientela, el que se deriva del mantenimiento de los contratos de trabajo y, finalmente, el que se genera por el mantenimiento de las cargas sociales indirectas que inciden sobre el coste del factor trabajo¹⁴⁸. De lo cual se concluye que solamente es reparable el perjuicio adicional o añadido a aquel que normalmente origina la huelga¹⁴⁹, o sea, todo aquel perjuicio por sobre el denominado “daño admisible”.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de julio de 1990 (RJ 1990/6072), Fundamento de Derecho 5º.

¹⁴⁵ Ferrando García (2001), p. 35.

¹⁴⁶ Baylos Grau y Valdés de la Vega (1997), p. 81; Goñi Sein (1991), 9 y 10; Tárraga Poveda (2001), p. 5.

¹⁴⁷ Goñi Sein (1991) 10; Ferrando García (2001), p. 40 y 41.

¹⁴⁸ De la Puebla Pinilla, A. (2000). *La responsabilidad civil del sindicato (un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical)*. Madrid: La Ley, p. 259

¹⁴⁹ Goñi Sein, (1990), p. 448; Tárraga Poveda (2001), p. 3; Lahera Forteza (2000), p. 3.

A la inversa, se ha declarado que

Son conductas totalmente ajenas al ejercicio del derecho de huelga impedir la entrada en la fábrica a los directivos, trabajadores de empresas contratistas o a los designados para atender los servicios mínimos y amenazar a los que estaban en su puesto de trabajo para que lo abandonaran (ATC 570/1987); golpear y amenazar a un trabajador para eliminar de hecho su libertad de trabajo (ATC 193/1993); agredir e insultar al personal de seguridad y causar incendios y daños en las instalaciones de la empresa (ATC 158/1994); interceptar y golpear el vehículo que trasladaba a los trabajadores, insultando a sus ocupantes (STC 332/1994); insultar a los trabajadores que accedían al centro de trabajo (STC 333/1994); u obstaculizar e impedir a clientes y trabajadores el libre acceso a la empresa, profiriendo palabras injuriosas e insultantes contra quienes no secundaban la huelga (STC 40/1995...)¹⁵⁰.

Se sintetiza esta doctrina indicando que el ejercicio del derecho de huelga no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, siendo obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga¹⁵¹.

Se han declarado, asimismo, como conductas ajenas al legítimo ejercicio del derecho de huelga, la desconvocatoria sorpresiva efectuada en un día y hora determinados que tuvo por única finalidad dejar sin efecto los servicios mínimos previstos para esa tarde, desde que se mantuvo la huelga en días posteriores y sin que se acreditara que persiguiera promocionar algún tipo de acuerdo con la empresa prestadora de servicios ferroviarios¹⁵²; la convocatoria y seguimiento de la huelga calificada de ilegal, tanto por su finalidad estratégica dirigida a cambiar la composición de la comisión negociadora como por haber ocupado ilegalmente el centro de trabajo para imposibilitar el derecho de los no huelguistas a trabajar¹⁵³; así mismo, el acto de sorprender a

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 2016, en *BOE* n° 122 de 22 de mayo de 2016, pp. 33.652 y ss., Fundamento Jurídico 2°.

¹⁵¹ Ídem. Siguiendo, entre otras, a las sentencias del Tribunal Constitucional n° 332/1994, de 19 de diciembre; y 37/1998, de 17 de febrero.

¹⁵² Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2010 (AS 2011/3).

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2010 (AS

la empresa con la suspensión de la huelga de dos horas de un día sin que la misma tuviese tiempo de organizar su actividad normal o la prestación de otros servicios mínimos, que se refrían al día completo¹⁵⁴.

Obviamente que también se encuentran excluidas del legítimo ejercicio del derecho de huelga ciertas conductas delictivas aunque ocurran con motivo del ejercicio de la huelga o de otros derechos colectivos (agresiones a terceros u otros trabajadores, daños en bienes de terceros, daños en oficinas de una Administración o en otros bienes de la misma, etc.), al margen de las consecuencias disciplinarias que pueden tener¹⁵⁵.

En este entendido, solo es indemnizable el perjuicio adicional que excede del legítimo ejercicio del derecho de huelga.

CONCLUSIONES

1. El daño lícito es un tipo de daño distinto de aquel que normalmente atrae la atención del jurista, que se caracteriza por ser un daño permitido, tolerado e, incluso, fomentado por el ordenamiento.
2. El daño lícito puede ser “indemnizable” o no, según sea que admita reparación o no.
3. Los daños causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga constituyen daños lícitos no reparables.
4. Sólo son indemnizables los perjuicios adicionales o añadidos a aquél que normalmente origina la huelga, o sea, todo aquel perjuicio por sobre el denominado “daño admisible”.

2011/259).

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2014 (AS 2014/2471).

¹⁵⁵ Alfonso Mellado, C. (2013), p. 49.

REFERENCIAS

- Alfonso Mellado, C. (2013). La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo. En: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Ediciones Cinca. Artículo disponible en http://fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/ponencias/carlos_alfonso_mellado.pdf (visita: 15 de diciembre de 2015).
- Alonso Pérez, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *ADC*.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Baylos Grau, A. y Valdés de la Vega, B. (1997). “El abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la responsabilidad del Comité de Empresa por los daños ocasionados (Comentario a la sentencia Núm. 203/1996, de 26 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid. Magistrado ponente: E. Palomo Balda)”. *AL*, n° 5.
- Bessone, M. (2000). *Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*. Milán: Giuffré.
- Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natolli (1995). *Diritto Civile, 3, Obbligazioni e Contratti*. Torino: Utet.
- Briguglio, M. (1971). *El estado de necesidad en el Derecho Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Manuel García Amigo. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Busto Lago, J. M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos.
- Bustos Pueche, J. (2004). La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual. *Diario La Ley*, n° 6091. La Ley 2028/2004. Disponible en www.laleydigital.es (visita: 2 de febrero de 2008).
- Cavanillas Múgica, S. (1987). *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Cancio Fernández, R. (2002). La responsabilidad de la organización sindical por el ejercicio del derecho de huelga. *AL*, n° 25, La Ley 2150/2002. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009).
- Ceinos Suárez, A. (2000). Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales. *AL*, La Ley 3075/2001. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009).

- De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: U. Deusto-Civitas.
- De Ángel Yagüez (2000). Art. 1902. En Sierra Gil de la Cuesta, I. (presidente y coordinador), *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch.
- De Diego, F.C. (1926). *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. Tomo V. Derecho de obligaciones. Madrid: Preciados.
- De la Puebla Pinilla, A. (2000). *La responsabilidad civil del sindicato (un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical)*. Madrid: La Ley.
- De la Vega García, F. (2001). *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas.
- De Lorenzo, M. (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Díez-Picazo, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *ADC*.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- European Group on Tort Law (2008). *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Traducción a cargo de la REDPEC y coordinada por Miquel Martin Casals. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Ferrando García, F. (2001). *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galgano, F. (1985). Le mobili frontiere del danno ingiusto. *Contratto e impresa*, Padova: Cedam.
- García-Perrote Escartín, I. (2006). El alcance constitucional del derecho de huelga. En Casas, M.E., Cruz, J. y Durán, F. (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley 5431/2007. disponible en www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009).
- García-Ripoll Montijano, M. (2013). La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *ADC*, tomo LXVI.
- Gherzi, C. (1997). Responsabilidad por actos lícitos. En Bueres, A. y Kemelmaier, A. (directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Goñi Sein, J. L. (1990). La responsabilidad civil del sindicato por huelga. *REDT*, n° 43.
- Goñi Sein, J. L. (1991). Límites al resarcimiento de daños causados por la huelga. *Diario La Ley*, La Ley 18003/2001. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 2 de noviembre de 2009).

- Karila de Van, J. (1995). *Le droit de nuire*. RTDC.
- Lacruz Berdejo, J. L. et al. (2003). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. I. Posesión y propiedad* (2ª edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano). Madrid: Dykinson.
- Lacruz Berdejo, J.L. et al (2005). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito* (3ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández). Madrid: Dykinson.
- Lahera Forteza, J. (2000). El abuso del derecho en la huelga intermitente (Comentario a la STS 4ª de 17 de diciembre de 1999)". *AL*, nº 19, La Ley 6318/2002. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 10 de noviembre de 2009).
- Larenz, K. (1959). *Derecho de Obligaciones*, tomo II. Versión española de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Lasarte Álvarez, C. (2006). *Principios de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones* (10ª ed.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Lehmann, H. (1956). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Vol. I. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español de José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Llamas Pombo, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*. Madrid: Trivium.
- Llamas Pombo, E. (2000). Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. En Moreno Martínez, J. A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson.
- Llamas Pombo, E. (2010). Formas de reparación del daño (I). *RPDD*, nº 8. La Ley 183/2010. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 1º de junio de 2012).
- Llamas Pombo, E. y Macías Castillo, A. (1998). Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido. *AC*, nº 44.
- López Cabana, R. (1997). Ilicitud. En Bueres, A. y Kemelmajer, A. (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Macías Castillo, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La Ley.
- Martin Casals, M. (2005). Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil. *InDret*, 2/2005. Disponible en: www.indret.com (visita: 12 de febrero de 2008).

- Monreal Bringsvaerd, E. (2007). Última jurisprudencia sobre huelga en servicios esenciales: puntos críticos. *AL*, n° 21, La Ley 6142/2007. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 27 de noviembre de 2009).
- Mosset, J. (1997). Las causas de justificación. En Mosset, J. (dir.), *Responsabilidad civil* (2ª reimp.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Pantaleón, F. (1991). Artículo 1902. *Comentarios al Código Civil*, tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Pantaleón Prieto, F. (1995). Voz "Responsabilidad extracontractual (Derecho Civil)". *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV. Madrid: Civitas.
- Pena López, J. M. (1998). "Prólogo" de la obra de Busto Lago (1998) *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos.
- Pena López, J. M. (2004). Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español. *RDP*, año 88, n° 2.
- Peña López, F. (2002). *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Editorial Comares.
- Quintanilla Navarro, R. (2008). El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 73.
- Rodríguez-Piñeiro, M. (1987). "En torno a la huelga en los servicios esenciales". *RL*, La Ley 6142/2007. Disponible en: www.laleydigital.es (visita: 27 de noviembre de 2009).
- Reglero Campos, L. F. (2002). Conceptos generales y elementos de delimitación. En Reglero Campos, L. F (coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (2ª ed.). Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *Indret*, 1/2005. Disponible en: www.indret.com (visita: 12 de febrero de 2008).
- Salvador Coderch, P. y Castiñeira Palou, M.T. (1997). *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons.
- Santos Briz, J. (1963). *Derecho de Daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Satta, S. (1963). La responsabilità per lesione di interessi legittimi. *RDC*, parte prima.
- Schlesinger, P. (1960). La ingiustizia del danno nell'illecito civile. *Revista Jus*.

- Starck, B. (1972). *Droit Civil. Obligations*. Paris: Librairies Techniques.
- Tárraga Poveda, J. (2001). Una huelga sin daños (indemnizables). *Aranzadi Social*, BIB 2001/421. Disponible en: www.westlaw.es (visita: 10 de noviembre de 2009).
- Terradillos Ormaetxea, E. (2005). Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas. En Baylos Grau, A. (coord.), *Estudios sobre la huelga*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Tucci, G. (1967). La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile. *Riv. Dir. Civ.*, parte prima.
- Vicente Domingo, E. (1990). El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal. *RDP*, año 74, n° 10.
- Visintini, G. (1987). Il danno ingiusto. *RCDP*, año V, n° 1.
- Von Thur, A. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordado por W. Roces (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez). Granada: Editorial Comares.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.