

# APUNTES SOBRE LA HUELGA Y EL DAÑO

por EDUARDO O. ÁLVAREZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Huelga y daño en el Derecho Colectivo.

## I. Introducción

La conceptualización de la huelga por parte de la Ciencia del Derecho y las diferentes líneas de análisis que a través de los tiempos trataron de abocarse a esta manifestación crítica y natural del conflicto laboral, constituyen uno de los temas que más interés suscita en los juristas especializados. Es posible deducir que esta seducción se origina, como lo ha sugerido Jean C. Javillier<sup>1</sup>, en que el Derecho ha debido repensar uno de sus tácitos axiomas esenciales: aquel que recriminaba la vía de hecho destinada a producir un daño para lograr una conducta.

Desde luego que esta suerte de sismo profundo no puede ser entendido si no se comprende acabadamente el espíritu del Derecho Colectivo del Trabajo y los presupuestos fácticos que lo hicieron nacer. Como ya lo he recordado en otras oportunidades, al estudiar la huelga debemos tener presente ese agudo juego de palabras de Oscar Ermida Uriarte, quien, en alguna oportunidad, dijo que estábamos frente al "...instituto más atípico, del sector más atípico, de la rama del Derecho más atípica..."<sup>2</sup>

Son por todos conocidas las vicisitudes por las que atravesó la huelga hasta ser consagrada como derecho en las constituciones modernas, y lo que me interesa destacar con especial énfasis es que el

<sup>1</sup> *La grève*, Paris, 1978, ps. 32 y ss.

<sup>2</sup> *Apuntes sobre la huelga*, FC, Montevideo, 1982, ps. 12 y ss.

jurídica, es posibilitar que todos los derechos constitucionales puedan ser ejercidos y armonizar unos con otros para que todos rijan y es éste el único límite imaginable, que les confiere el carácter de relativo en la doctrina constitucional.

Hago estos razonamientos, un poco obvios, para resaltar que en el Derecho positivo de los distintos países, en general, se produjo, en relación con la consagración del derecho de huelga, una suerte de cortocircuito o desconexión —si se permite la metáfora— entre los textos constitucionales y las pautas para la efectivización de este derecho, porque los legisladores, tal vez motivados en la fuerte operatividad de las cláusulas, omitieron crear normas que implicaran una reglamentación en el sentido expuesto, o sea, de mera armonización con los otros derechos y no de desactivación de la garantía incorporada.

Siempre evoco la descripción que hace Gino Giugni de lo acontecido en Italia<sup>4</sup>. El artículo 40 de la Constitución de este país garantiza el ejercicio del derecho a la huelga “dentro del ámbito de las leyes que lo regulan” y, al no haber sido cumplido el mandato constitucional, que se refería a un programa legislativo futuro, se originó una profusa elaboración jurisprudencial que, en la mayoría de los supuestos, partía de aquello que Giugni denomina concepto “apriorístico de huelga” y al que le atribuye incoherencia y limitaciones ideológicas no siempre compatibles con el derecho amplio que se consagró.

Con la huelga ocurre algo singular; cada vez que se analiza jurídicamente alguno de sus aspectos (sujeto, objeto, finalidad, modalidades, tipicidad, etc.) se reavivan discusiones que conciernen directa o indirectamente a una limitación de su ejercicio. Así, por ejemplo, cuando se trata el tema de la finalidad, se vuelve a discutir la definición de Santoro Passarelli, que limita la medida a tutela concreta y precisa a un interés profesional colectivo, y cuando se trata de describir el contenido de la huelga renace la polémica en torno de las formas atípicas, que implican una ruptura de la llamada rutina laboral y no una mera abstención concertada de la prestación laboral. Nunca la ciencia jurídica se esforzó tanto para definir una institución. Es atrayente su ubicación como “lugar de poder”, en la terminología de Michel

<sup>4</sup> *Diritto Sindacale*, ps. 139 y ss.

proceso de asimilación parece no haber terminado aún, porque advierto que al tiempo que se incorporaban cláusulas genéricas y operativas en las normas fundamentales para garantizar su ejercicio, todo acercamiento al fenómeno, sea normativo, doctrinario o jurisprudencial, llevaba implícita una tendencia a limitar sus alcances, un cercenamiento de aquello que los propios actores sociales reputaban como huelga.

No dejo de advertir, obviamente, que sería impensable e inadmisibile una postura jurídica que conllevara el auspicio de la conflictividad con las consecuencias que ésta trae aparejadas, pero lo cierto es que, desatada la controversia laboral motivada en las desigualdades implícitas de la sociedad, no habría razón para cercenar el pleno ejercicio de la autotutela de los trabajadores, materializada en la huelga que, como siempre se ha dicho, aparece como una forma de recuperar la posibilidad cabal de discutir el contenido de la relación laboral y de que el contrato de trabajo sea, realmente, la expresión de una declaración de voluntad común, destinada a reglar los derechos de las partes.

Lo cierto es que, ante el conflicto laboral, la reacción del Derecho parece haber estado dirigida más a la imposición y elaboración de conceptos que implicaran una restricción, por encuadre limitado, de lo que constituye huelga en sí y su modalidad de ejercicio, que al desarrollo de técnicas de prevención de la conflictividad y autocomposición pacífica. Repárese, a manera de ejemplo, que en líneas generales las reglamentaciones de la huelga en los denominados servicios esenciales han tendido con más intensidad a paliar los perjuicios de la abstención laboral concertada que a prevenir la controversia que da origen a la medida de acción directa<sup>3</sup>.

Lo dicho no significa soslayar que los derechos de rango constitucional se ejercen de conformidad con las leyes que regulan su ejercicio. Pero esta adecuación legal, a la que aluden las constituciones, debe ser interpretada como una vía para hacer efectivo el derecho y no como un expediente para convertirlo en letra muerta. Lo que justifica una remisión a reglamentaciones de inferior jerarquía en la pirámide

<sup>3</sup> Ver, en el mismo, sentido, ACKERMAN, Mario, *Reglamentación del derecho de huelga*, en D. T. L-A-794 y ss.

Foucault, y advertir que utiliza la definición como instrumento coyuntural para desactivar las consecuencias del fenómeno que subyace.

Algo me dice que, hablemos de la faceta de que hablemos, nunca podremos dejar de polemizar acerca de los límites de este derecho tan particular, y esto, tal vez, se deba a esa especie de "sismo" que la huelga ocasionó en los axiomas tradicionales de la ciencia jurídica, la que reaccionó de una manera dual, con una suerte de doble mensaje: se lo consagró como derecho de manera enfática y genérica, y se lo dejó navegando entre conceptos apriorísticos y dogmáticos, para usar una terminología de Giugni, que, cargados de axiología, tendieron a limitarlo y a restringirlo, sin encuadrar debidamente la cuestión en el amplio y justificado marco de la autotutela en el Derecho Colectivo.

Para acercarse al tema de la huelga y el daño es muy importante, casi decisivo diría, resaltar las consecuencias que, forzosamente, trae aparejado considerarla un derecho y, desde esta perspectiva, analizar las consecuencias de su ejercicio.

En el panorama reseñado y como lo he esbozado en otra oportunidad, me ha parecido oportuno, ante las características de la polémica, exponer la cuestión desde una estructura lógica negativa: vale decir describir qué es lo que no podemos sostener con seriedad, si realmente creemos que la huelga es un derecho.

## II. Huelga y daño en el Derecho Colectivo

Crear con fervor que la huelga es un derecho de rango constitucional, y reconocerlo como tal, trae aparejadas dos consecuencias, casi diría indiscutibles:

- 1) El ejercicio de la huelga no puede originar la aplicación de una sanción, sea penal o contravencional, y
- 2) el ejercicio de la huelga no puede constituir un acto ilícito civil, ni acarrear, por lo tanto, responsabilidad extracontractual o contractual<sup>5</sup>.

Estas pautas, que son una derivación del tradicional principio romanista *qui iure suo utitur, nomen laedit*, marcan, como lo ha des-

<sup>5</sup> LÓPEZ, Justo, *La huelga como acto jurídico*, en L. T. XX.

tacado Giugni, la superación cabal de las posiciones del Estado liberal: de la libertad de la huelga, concepto que implicaría la exclusión de cualquier responsabilidad penal, se llega al derecho de huelga, y por lo tanto a la exclusión de toda responsabilidad civil, prevaleciendo el interés de autotutela del trabajador sobre el derecho al cumplimiento por parte del empleador.

Ahora bien, lo que patetiza la apelación de estas reglas esenciales de la teoría general del Derecho Civil al fenómeno de la huelga, se relaciona con la finalidad inmediata de ésta, o sea, el daño. La huelga, como lo he dicho un poco para la polémica y sin eufemismos, se hace para causar daño, aunque esto no agote su teleología, ya que este propósito está destinado a obtener o salvaguardar un beneficio para el grupo de trabajadores que la efectiviza.

Me parece esencial, en aras de la claridad, sustentar la descripción del fenómeno en este aspecto, que fue bautizado por Hélène Sinay como la "nocividad necesaria y esencial de la huelga"<sup>6</sup>. Alguna vez propuse definir el derecho a la huelga como el poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir con la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler a la aceptación de un beneficio o la efectivización de lo dispuesto por una norma preestablecida.

Esta caracterización, que resalta el derecho a dañar como base de la autotutela, sin que implique transgresión normativa ni antijuridicidad, y erigida en causal de justificación, como único medio de participación de los trabajadores en el contenido de la relación laboral, es la que no debe perderse de vista cuando se desentrañan los efectos del ejercicio del peculiar derecho. Soslayarla, pretendiendo ensamblar no adecuadamente espectros de responsabilidad, constituye una de las tendencias más peligrosas para el cercenamiento de un instituto sobre cuya legitimidad existe consenso, al menos programático.

Pero el interrogante más relevante que encierra esta afirmación es el de la extensión o cuantía del daño lícito, del perjuicio justificado, y ya se habrá percibido que este derecho a dañar, como técnica de presión, se vinculó en la definición a la abstención del cumplimiento

<sup>6</sup> *La grève*, Paris, 1967.

de la obligación contractual de trabajar, lo que deja fuera a todas aquellas consecuencias que implican presionar la voluntad patronal en base a un hacer y no a una abdicación de efectivizar la prestación laboral.

Ha sido la doctrina y la jurisprudencia italiana la que se ha preguntado con mayor énfasis sobre el problema de la dimensión máxima posible del daño. A partir de la sentencia 584 del Tribunal de Casación, dictada el 4 de marzo de 1952, se elaboró el concepto de “daño injusto y la teoría de la conmutabilidad de sacrificios”. Masón ha definido esta tesis con meridiana claridad y ha destacado que, para que la huelga pueda ser considerada ilegítima, el daño sufrido por el empresario a causa de la abstención del trabajo debe corresponder, en relación de sinalagmaticidad, con la pérdida de retribución del trabajador, es decir que no debe ser superior a aquel que, normalmente, se deriva de la pura y simple abstención del trabajo.

En síntesis, esta tesis que marcó la jurisprudencia de aquel país durante veinte años, ha sido criticada desde diversos puntos de vista. Montuschi, por ejemplo, ha sostenido que si la huelga presupone una voluntad de infringir un daño y tal voluntad ha sido legitimada por el ordenamiento jurídico y por la Constitución, no se puede reprochar a quien haga uso de ese medio el no haber procurado que su acción —que es una acción de lucha— sea lo más eficaz posible.

Giugni<sup>7</sup>, en el mismo sentido, sostuvo que la teoría de la “conmutatividad de sacrificios” es inaceptable porque representa una operación interpretativa dirigida a despotenciar el arma de lucha que la huelga supone, constriéndola en forma antinatural dentro de la lógica de las relaciones privadas y se basa en un elemento (el daño) que en su dimensión cuantitativa no tiene ningún punto de referencia formal, para que se le pueda considerar trascendente en el proceso de definición de la institución.

A mi modo de ver, para precisar el alcance del derecho de huelga, debe partirse de la premisa, descrita en la definición apuntada, de que los trabajadores poseen el poder jurídico de ocasionar todo el daño que produzca su no hacer, independientemente de su coyuntural cuantía y de si en determinados casos excede o no, por las circunstancias

<sup>7</sup> Ob. cit., nota 4, p. 148.

fácticas, el perjuicio habitual de la abstención. En síntesis, todo el daño producido por la abdicación de la prestación laboral debe ser soportado por el empleador y no tendríamos que confundir los efectos de la huelga con los alcances citados, con las consecuencias dañosas que provienen de otras conductas que implican un hacer que perjudicó y que excede el marco del conflicto, porque caerían dentro del espectro de responsabilidad aquiliana.

Recurriré a un ejemplo de Ghera: si a un empleador la abstención colectiva y concertada le es más dañosa en el momento en que se declaró la huelga por la coyuntura comercial que atraviesa su empresa en el mercado, porque lo coloca en incumplimiento frente a contratantes, no podría reprocharse al sindicato la proclamación de la medida, y el empleador debe asumir el perjuicio y elegir, como señaló Simi, entre acoger la pretensión de los dependientes o soportar el daño. En cambio, si en la dinámica del conflicto se destruyen maquinarias, la responsabilidad será individual de los trabajadores que llevaron a cabo la conducta, que consiste en un medio de presión antijurídico que origina, por lo tanto, un daño no justificado. En resumen y reiterando lo ya expuesto, señalo que el derecho a la huelga confiere un poder jurídico de dañar con un único instrumento: la abdicación de la prestación laboral.

En este mismo sentido se ha pronunciado un sector de la jurisprudencia italiana, que ha iniciado un proceso de revisión de la doctrina de "la conmutatividad del daño" y la sentencia de Casación 711, del 30 de enero de 1990, ha sostenido que la entidad del perjuicio provocado por la huelga es un elemento extraño a su individualización como tal, en la medida en que este perjuicio se vincule con el derecho de abstención de la prestación del trabajo.

Lo expresado me lleva a sostener una primera conclusión axiomática: si consideramos que la huelga es un derecho, no puede existir responsabilidad sindical por los perjuicios que ésta apareja a los empleadores y a los terceros, en la medida que éstos, sea cual fuere su extensión y su nexo causal, se remitan a consecuencias inmediatas, mediatas o causales del no hacer.

Ésta ha sido la tendencia del Derecho francés, y el artículo 8 de la ley francesa del 28 de octubre de 1982, disponía: "Ninguna acción

por reparación de daños y perjuicios causados por un conflicto colectivo de trabajo o en ocasión de él puede ser intentada contra los asalariados, los representantes del personal, elegidos o designados, ni las organizaciones sindicales, salvo las acciones por reparación de daños causados por una infracción penal o daños causados por hechos manifiestamente insusceptibles de vincularse al ejercicio del derecho de huelga o al derecho sindical<sup>8</sup>.

No desconozco, desde luego, la teoría del abuso del derecho, desarrollada, especialmente, por la jurisprudencia francesa, a partir de la exposición ordenada de Josserand<sup>9</sup>. Pero advierto que, cuando se la traslada al tema que nos convoca y se relaciona con la tesis del daño mayor, se incurre en una inadmisibile extensión de esta doctrina, que no es aplicada seriamente con los alcances en que fue concebida en el Derecho Civil y que encierra un claro intento de afectar la autotutela eficaz.

Hago esta afirmación porque el abuso del derecho requiere, en principio, un elemento subjetivo concreto para configurarse como tipología: la utilización de un derecho con una finalidad distinta de aquella para la cual fue creado. En consecuencia, se exige una intencionalidad específica que es la que dibuja el abuso del derecho, independientemente del daño que irroque la utilización de la prerrogativa o poder jurídico en sentido amplio. En síntesis, para responsabilizar a un sindicato por abuso del derecho de huelga, debería demostrarse que la huelga se llevó a cabo para dañar exclusivamente y no como medio de presión negociadora o ejecutiva. De acreditarse esta circunstancia, la responsabilidad cobraría operatividad sea cual fuere la entidad del perjuicio y coincida o no con el que emerge del no hacer.

Nadie podría ver en este juicio último una contradicción con lo ya expuesto en relación a la teleología de la medida de acción directa: el daño es el instrumento para efectivizar la defensa colectiva y sólo existiría una utilización abusiva si, bajo la apariencia de obtener una

<sup>8</sup> Al respecto, es muy interesante el análisis que lleva a cabo tanto del texto como de su jurisprudencia interpretativa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Los daños producidos por las huelgas en la jurisprudencia posterior a 1990*, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor Isidoro Goldenberg, Abeledo-Perrot, p. 675.

<sup>9</sup> *Abus de droit*, Paris.



conquista, lo único que se requiriera fuera lisa y llanamente perjudicar. Por tal, algunos autores, como Planiol, llamaron a la teoría del abuso "máscara de ejercicio de un derecho".

Por lo expresado, es incorrecto sostener que una huelga es abusiva porque causa un gran daño. Sólo podría ser abusiva, dentro de esta discutible doctrina, si se demostrase que se declaró la medida de acción directa para perjudicar y no como manifestación de autotutela.