

LA MORA EN EL PAGO DEL SALARIO

I. INTRODUCCIÓN

De un modo elemental y básico, la expresión «mora en el pago del salario» hace mención a la situación jurídica que surge del cumplimiento impuntual de una obligación; en el caso que nos ocupa, la impuntualidad va referida a la obligación retributiva a cargo del empresario.

Tal expresión, y la consiguiente realidad a la que da nombre, tiene su fundamento en las normas jurídicas civiles; la institución común de la mora ha sido recibida en el Derecho del trabajo en la medida en que los esquemas y las construcciones civilistas han sido acogidos en la elaboración de la teoría de las obligaciones laborales.

Esta genérica condición filial que el Derecho del trabajo tiene, en buena parte de sus instituciones, respecto del Derecho civil, plantea la exigencia, muy acusada en el caso de este estudio, de adoptar puntos de partida propios del Derecho común. Y ello por dos razones poderosas: la primera, porque la figura de la mora ha sido estudiada con detalle por los civilistas, contando con una dilatada tradición desde los tiempos del Derecho romano; la segunda razón, que viene a reforzar el valor de la primera, por la ausencia, prácticamente total, de investigaciones monográficas sobre la mora procedentes del sector jurídico laboral.

El fundamento civil de la institución laboral de la mora justifica una referencia previa, siquiera sea brevísima en atención al propósito puramente jurídico-laboral de este trabajo. A través de tal referencia ha de quedar precisado el concepto civil de mora, así como sus rasgos peculiares, poniéndose especial interés en resaltar las particularidades de la mora laboral frente a la civil.

En Derecho civil la mora es definida como el «retraso injustificado del deudor en las obligaciones de hacer o dar» (1), o, quizá con mayor preci-

(1) M. SCAEVOLA: *Código civil comentado*, 2.^a ed., Madrid, 1957, tomo XIX, página 578. Se encuentra basada la mora, pues, por una «tardanza no tolerada», ni expresamente ni por presunciones, por un retraso del deudor sin la correspondiente tolerancia del acreedor (*Op. y loc. cit.*).

sión, como «el retraso contrario a derecho e imputable en el cumplimiento de una obligación» (2). Las nociones doctrinales acogen sin grandes alteraciones el reiterado criterio jurisprudencial de la culpabilidad de la mora civil: *nulla mora est sine culpa* (3).

Si en un aspecto es aplicable a la mora laboral la noción civil de la figura —esto es, en cuanto que ambas tienen por base objetiva el retraso en el cumplimiento de la obligación— en otro aspecto deja de serlo, en cuanto que el requisito subjetivo de la mora civil —culpabilidad del deudor moroso— no parece ser, al menos en un primer y superficial examen, apropiado a la mora laboral. A la comprobación de esta hipótesis, y a la extracción de las oportunas conclusiones, se dedica el siguiente análisis.

(2) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, traducción de la 35.^a edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, I, pág. 257. La noción, según los anotadores españoles, es de plena aplicación a nuestro Derecho (*Op. cit.*, pág. 261).

(3) Si bien el art. 1.100 del Código civil no exige expresamente la imputabilidad de la mora, esta condición se deduce de los arts. 1.504, 1.124 y 1.105 del propio Código. ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil, parte general y Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1961, pág. 574, afirma, en igual sentido, que «aunque el Código no exige de forma expresa que normalmente sea necesaria la culpabilidad del deudor, se infiere del art. 1.105, ya que si éste, en principio, no responde cuando, sin culpa suya, se ve imposibilitado totalmente de cumplir, menos responderá cuando por tal causa sólo se ve imposibilitado de cumplir a tiempo».

La doctrina civil más generalizada exige, para que pueda hablarse de mora en sentido técnico, la culpabilidad del deudor moroso. Cfr., entre otros, MESSINEO: *Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 336, para quien «la mora inculpable no perjudica al deudor»; ENNECCERUS: *Op. y loc. cit.*; SCAEVOLA: *Código civil*, cit., cree por el contrario, que la culpabilidad no es de esencia a la mora, si bien él configure a ésta como un «retrato injustificado», pareciendo incurrir en una contradicción. Una postura intermedia es la mantenida por MANRESA y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, 5.^a ed., VIII, I, Madrid, 1950, pág. 129, a propósito de la importante sentencia de 29 de diciembre de 1892: «No debe entenderse, por más que hable (la sentencia) de culpa o negligencia a los efectos de completar la exención de responsabilidad, que admite como cosa normal y corriente la *disculpa de la mora*, ni menos aún que en ésta sea carácter que haya de probarse para que surta sus efectos el de *culpable*, doctrinas que darían origen a constantes e inundadas discusiones que la ley ha tratado de evitar, fijándose respecto de la mora, en su aspecto objetivo, de tan fácil apreciación en su existencia». La doctrina, sin perjuicio de ir contra la dominante, ofrece extraordinario interés en cuanto que preconiza la prioridad de la mora objetiva sobre la imputable. En su momento veremos hasta qué punto es viable esta tesis en Derecho del trabajo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como criterio dominante, exige la culpabilidad del deudor moroso. Sentencias de 9 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941, 27 de enero de 1940, 25 de junio de 1934, 24 de diciembre de 1940, 27 de enero de 1940.

1. *La mora objetiva en el contrato de trabajo*

De las posibles formas de mora laboral —mora *accipiendi* y *solvendi* del empresario y del trabajador— la que en este momento importa es la mora del empresario en el cumplimiento de su prestación retributiva. Quedan, por tanto, como ajenas a este estudio, las figuras de la mora del trabajador, en todos sus aspectos, y de la mora *accipiendi* del patrono. Centrada de este modo en el empresario la cualidad jurídica de deudor moroso, es preciso determinar si la suya es una situación de responsabilidad objetiva (la constitución en mora deriva del hecho objetivo del retraso, bien de un modo absoluto o de un modo relativo, en caso de exigencia de requerimiento) o, por el contrario, se trata de una situación que tiene como necesario presupuesto subjetivo la culpabilidad del deudor (4).

Ya hemos visto cómo la solución del Derecho civil se pronuncia en favor de la exigencia de culpabilidad o imputabilidad, y en contra, por tanto, de la mora objetiva, aun faltando en él norma expresa que lo declare; de modo implícito, los arts. 1.105 y 1.107 del Código civil parecen referirse a dicha exigencia. Mucho más terminante resulta, en cuanto al carácter preceptivo de la imputabilidad de la mora, la posición del Tribunal Supremo, y, por lo general, la de la doctrina. La tesis generalizada en Derecho civil es, por tanto, la de que «hay razón sobrada para afirmar que el deudor no incurre en mora mientras la omisión de la prestación sea motivada por una causa a él no imputable» (5).

El problema que cabe plantear inmediatamente es de la viabilidad de esta solución respecto de la mora laboral.

En Derecho del trabajo falta también norma expresa que se pronuncie sobre el carácter objetivo o imputable de la mora. El art. 75, 3.º, de la Ley de Contrato de trabajo, en el que queda fundamentalmente contenida la regulación laboral de la mora, prescinde de todo pronunciamiento sobre la materia. En consecuencia, resulta de primera importancia determinar si la solución civil es la aplicable al Derecho del trabajo, o si, por el contrario, se impone en este último una solución «objetiva», prescindiendo por tanto de la exigencia de responsabilidad del deudor.

(4) Esta última es la solución mantenida por la doctrina social del Tribunal Supremo. Cfr. las sentencias de 3 de mayo de 1933, 9 de octubre de 1933 y 23 de septiembre de 1940, en las que por mora se entiende el «retraso culpable en el cumplimiento de una obligación, demostrado y no dudoso».

(5) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Tratado de Enneccerus*, cit., pág. 262.

La aplicación analógica de la doctrina civil de la mora a las instituciones laborales llevaría consigo estas consecuencias bien importantes:

— Ausencia de mora y, por tanto, de indemnización en favor del trabajador, en aquellos casos en que no existiera culpa del empresario, singularmente en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor.

— Presunción de culpabilidad del empresario en caso de mora, y correspondiente carga de la prueba en contrario (disculpa de la mora) sobre el propio patrono.

Tal solución, que es la propia del Derecho civil, queda explicada en virtud del principio de responsabilidad derivada de culpa: el deudor responde en tanto es culpable de los daños sobrevenidos, pudiendo exonerarse a través de la demostración de la irresistibilidad de éstos. Y tal sería, probablemente, la solución aceptable en Derecho del trabajo de no ser por la muy singular naturaleza de la relación jurídica sobre la que este ordenamiento se asienta. En Derecho del trabajo, como hemos tenido ocasión de afirmar en un estudio anterior (6), la condición sociológica de los sujetos —singularmente, del trabajador— no se reduce a ser puro accidente, sino que adquiere decisiva relevancia jurídica. El trabajador, con ser un acreedor de salario, entre los demás acreedores comunes, está situado en una posición de privilegio que el ordenamiento le reconoce. Su crédito salarial es así, en muchos aspectos, un crédito privilegiado, no sólo frente al empresario sino también frente a los acreedores (del trabajador o del empresario), frente al Estado y frente a sí propio y a sus familiares (7). La índole de los salarios —ha escrito muy agudamente Pérez Botija (8)— la perentoria necesidad que el obrero tiene de ellos, y los abusos que puede cometer la Empresa cuando no paga con puntualidad, requieren medidas más intensas que las que contiene el Código civil sobre incumplimiento de las obligaciones.

Una de estas medidas proteccionistas ha de ser la configuración del retraso del empresario en el pago del salario como una mora objetiva, desligada completamente de toda idea de imputabilidad y jugando como figura abstracta. Así se ha declarado implícita, pero significativamente, por la doctrina cuando ha manifestado que «no cabe explicar que la Empresa retarde bajo ningún

(6) *El poder de dirección del empresario*, de próxima publicación.

(7) Cfr. LAMBERT: *Essai sur la protection du salaire*, París, 1897.

(8) *Salarios, régimen legal, tarifas mínimas*, Madrid, 1944, pág. 138. La «perentoria necesidad» a que alude el profesor PÉREZ BOTIJA se explica en lo que CASSI (*La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milán, 1954, pág. 224) ha llamado «funzione di sostentamento del salario».

pretexto el pago del salario» (9), siendo patente que uno de esos pretextos, el básico por supuesto, puede ser la falta de imputabilidad.

La admisión de la mora objetiva, que no podría tener lugar en Derecho civil sin grandes dificultades, hasta hoy no superadas, parece ser la solución más apta en Derecho del trabajo: primeramente, porque no es insólito que una institución civil carezca de su paralela en Derecho del trabajo, e incluso que sea contradicha en éste; en segundo lugar, porque ni siquiera desde un punto de vista histórico carece de sentido hablar de mora objetiva; es sabido que en su originaria construcción romana la mora admitía dos modalidades: la subjetiva o imputable y la objetiva, que jugaba como *mora facti*.

Aparte de esta razón de tipo genérico existen diversos argumentos justificativos de la admisión de la mora objetiva en el Derecho del trabajo:

— Uno de ellos, y acaso de valor decisivo, es el criterio del riesgo de Empresa asumido por su titular. Siendo el empresario, como se ha dicho con evidente acierto, un deudor de seguridad (10), cabe perfectamente, junto a otras asunciones de riesgos, incluir el riesgo objetivo de mora. La doctrina de la responsabilidad objetiva, cuyo juego ha sido tan decisivo en materia de accidentes de trabajo (11), vendría de este modo a explicar por qué responde el empresario de la demora en el pago del salario que no le sea imputable.

— Por otra parte, existe un indicio legal de suficiente valor para apoyar la tesis de la mora objetiva:

El art. 75, 3.º, de la Ley de Contrato de trabajo preceptúa que el magistrado tendrá en cuenta, al fijar la oportuna indemnización por demora, las «causas que hubieran motivado el retraso». No parece forzado atribuir a la anterior expresión legal el propósito de distinguir, básicamente, entre causas imputables y causas inimputables. Parece, pues, que la Ley de Contrato de trabajo no quiere decir que el magistrado fijará exclusivamente los efectos de la mora imputable, sino que fijará tanto los de ésta como los de la inimputable. Significa esto, pues, que la única diferencia entre mora imputable y mora fortuita residirá en la

(9) PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 213.

(10) PIC: *Traité élémentaire de législation industrielle*, París, 1922, pág. 723: «Le patron est un débiteur de sécurité».

(11) V. la interpretación que de ella hace ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1959, págs. 50 y sigs.

mayor o menor intensidad de sus efectos indemnizatorios. La admisión de la mora objetiva queda de este modo perfectamente posibilitada.

2. La noción de salario demorado

La determinación de lo que deba entenderse por salario demorado es importante porque ilustra sobre los elementos retributivos a que es de aplicación la técnica de la mora.

El art. 75, 3.º, de la Ley de Contrato de trabajo no parece utilizar, cuando se ocupa del tema, el término salario en sentido riguroso, y no parece hacerlo porque emplea indiferenciadamente las expresiones «salario», «retribución» y «remuneración», cuyo recto significado no es, ciertamente, sinónimo.

La Ley de Contrato de trabajo emplea, por consiguiente, el término de salario, en cuanto a la mora en su pago, en un sentido amplio y atécnico, dentro del que deben entenderse comprendidas todas las partidas retributivas y, por supuesto, el salario en sentido estricto. La mora, y sus correspondientes efectos indemnizatorios, jugarán, pues, respecto del elemento retributivo en cuyo pago hubo demora, sea salario propio o sea remuneración extrasalarial. Tal posición tiene un antecedente en la de los comentaristas de la Ley de Contrato de trabajo de 1931: el salario, a efectos de declaración de mora, debe entenderse —escribía Hinojosa en 1932 (12)— no en sentido estricto, sino en el amplio del art. 27 de la ley, a saber, la «totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, no sólo lo que reciba en metálico o en especie como retribución directa e inmediata a su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones del trabajo, cotizaciones del patrono para los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos análogos».

De aquí que, en un sentido riguroso, quepa hablar, más que de mora en el pago del salario, de mora en el pago de la remuneración (13); si en este

(12) HINOJOSA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, pág. 161.

(13) ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, II, Barcelona, 1960, pág. 475, habla mejor que de mora en el pago del salario, de mora en el cumplimiento de la prestación retributiva. Análogamente, PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 215, afirma que la mora puede afectar «no sólo al salario en sentido estricto, sino a todas las prestaciones que perciba en virtud del art. 37 (de la ley de Contrato de trabajo), y, por tanto, están incluidos en dicha consideración los beneficios *in natura* que a cambio del trabajo reciba el operario, así como los recargos por horas extraordinarias y demás indemnizaciones atinentes al trabajo». La mora del empresario en las cotiza-

estudio se da preferencia a la expresión salario sobre el término remuneración es en virtud de su fuerza expresiva y de su rotundidad.

Con todo, parece precisa una última observación: en el supuesto de que el empresario pague puntualmente el salario en sentido estricto y demore el cumplimiento de otras obligaciones remuneratorias, el árbitro judicial deberá operar atenuando el rigor de la responsabilidad indemnizatoria patronal.

3. *Concepto de la mora en el pago del salario*

El análisis precedente parece ilustrar acerca de dos cuestiones que estimamos previas y fundamentales: el carácter objetivo de la situación de mora, que elimina toda posible exigencia de culpa al empresario moroso, y el carácter amplio en que debe entenderse el término salario.

De aquí, un concepto inicial de mora en el pago del salario en el que se intenta recoger, junto a la noción de base civil, las especialidades de la institución laboral: *la mora en el pago del salario es el cumplimiento impuntual de la obligación retributiva a cargo del empresario.*

Se prefiere, en la anterior definición, la tesis del cumplimiento no puntual a la del nudo incumplimiento, en atención a la irreversibilidad de éste, no compartida por el mero cumplimiento con retraso (14). La preferencia, aún no faltándole base doctrinal se funda en una distinción de la propia Ley del Contrato de trabajo entre obligación remuneratoria (art. 75, 1.º) y obligación de pago puntual (art. 75, 3.º). La inobservancia de la primera de estas obligaciones constituiría un verdadero y radical acto de incumplimiento del empresario; la inobservancia de la segunda de ellas sería un simple retraso en el cumplimiento.

ciones de Seguridad Social, a las que se refiere la cita de HINOJOSA incluida en el texto, no le obliga frente al trabajador (pues no es mora salarial) sino frente a las entidades gestoras del Seguro a través del recargo.

(14) La distinción entre cumplimiento inexacto e incumplimiento es unánime en la doctrina. Cfr. MESSINEO: *Derecho civil y comercial, cit.*, págs. 334 y sigs.: «Cumplimiento inexacto es, en general, el cumplimiento no conforme a los requisitos de la ley». En consecuencia, no es posible, salvo en muy particulares supuestos (como el de la obligación sujeta a término esencial), determinar inmediatamente si la falta de pago puntual es una mera situación de demora o un incumplimiento radical. La mora, pues, se configura como un estado entre el vencimiento y el cumplimiento de la obligación. El tema ha sido expresamente abordado por TONNI: «Inadempimento, costituzione in mora e risoluzione del contratto», en *Giur. Compl. Cass. Civile*, 1952, II, y RUBINO: «Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento», en *Riv. Dir. Comm.*, 1947, I. Cumplimiento imposible —y no cumplimiento inexacto— habrá cuando, consistiendo el salario estipulado en una especie determinada, esta especie desaparezca o se destruya.

II. ESTRUCTURA DE LA MORA EN EL PAGO DEL SALARIO

Sustancialmente, la estructura de la institución laboral de la mora resulta de aplicarle la teoría civil de los elementos de la mora, introduciendo las modificaciones consignadas anteriormente. En este sentido, pueden reputarse como elementos de la mora en el pago del salario los siguientes:

— Como presupuesto básico, es preciso que exista una obligación de pago a cargo del empresario.

— Sobre este supuesto jurídico se articula el de la necesaria determinación y liquidez de la deuda salarial.

— Como causa determinante de la situación de mora es preciso el retraso en el pago del salario que juega, como queda dicho, con independencia de toda idea de culpa empresarial.

— Como fundamental consecuencia jurídica de la mora, deriva para el empresario la obligación de indemnizar al trabajador, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades que serán examinadas en su momento.

1. *La obligación de pago, presupuesto de la constitución en mora*

El art. 1.100 del Código civil declara que «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa», siempre que se produzcan las circunstancias que el propio precepto exige. El presupuesto de la situación de mora es, lógicamente, la existencia de una obligación —obligación jurídica y no meramente natural (15)—.

Desde un punto de vista jurídico laboral ya hemos hecho referencia a la obligación retributiva que pesa sobre el empresario (art. 75, 1.º de la ley de contrato de trabajo), distinta de la obligación de pago puntual (art. 75, 3.º de la Ley de Contrato de trabajo), pero necesario antecedente suyo.

La mora en el pago del salario, tanto desde una perspectiva estrictamente laboral como en concordancia con las normas civiles, ha de actuar necesariamente sobre la base de una obligación de pago preexistente y demorada. La íntima relación entre crédito salarial y derecho a la indemnización por mora se pone de manifiesto en un principio procesal constantemente reiterado por

(15) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, pág. 261.

la jurisprudencia: el trabajador no puede reclamar ante la Magistratura del Trabajo los intereses de la mora si no incluye simultáneamente en el *petitum* la reclamación del pago de la deuda principal (16).

2. Determinación de la deuda salarial

No basta, para que la situación de mora quede constituida, el retraso en el pago del salario: se precisa, sobre la existencia de una obligación retributiva demorada, la determinación de su cuantía. La pretensión, como afirma la doctrina civil, ha de ser plenamente eficaz y vencida.

La existencia de certidumbre y liquidez en la deuda demorada es una constante tanto en la jurisprudencia civil como en la laboral. Limitándonos al análisis de ésta se encuentran los siguientes importantes criterios:

a) La deuda salarial ha de estar vencida: para que la deuda pueda servir de fundamento a la pretensión indemnizatoria por mora, es preciso que el término de cumplimiento haya vencido sin que se haya producido la normal consecuencia de su advenimiento, esto es, el pago. No estando la deuda vencida, falta, naturalmente, todo fundamento de reclamación por mora al trabajador.

Es de la mayor importancia saber cuándo se produce el vencimiento de la deuda salarial y cuándo se constituye, correspondientemente, la situación de mora. A tenor del art. 54 de la Ley de Contrato de trabajo, el pago habrá de hacerse al concluir el trabajo o su contrato, o periódicamente, según se haya estipulado, sin que en ningún caso los plazos de liquidación puedan exceder de los preceptuados en las Reglamentaciones de trabajo aplicables, y nunca de un mes. A falta de otras normas se estará a los usos locales en cuanto a la fijación de la fecha de pago (17).

(16) Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1945, 29 de mayo de 1950, 25 de mayo de 1943 («La obligación de pagar intereses de demora que imponía el número 3.º del artículo 87 de la ley de 21 de noviembre de 1931, tenía como antecedente indispensable la reclamación conjunta del pago de la principal»), 18 de abril de 1941. Esta doctrina jurisprudencial admite matizaciones, como ha de verse al estudiar el supuesto de extinción de la obligación principal.

(17) Análogo criterio en el Derecho italiano: Cfr. CASSI: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit., págs. 50 y sigs.: «La legge dispone che la retribuzione deve essere versata con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito» (artículo 2.099 del Código civil italiano). A falta de disposición sobre la fecha del pago

En suma, el vencimiento de la deuda salarial tendrá lugar en la fecha de conclusión del trabajo o contrato, o en la convenida por las partes, ajustándose a las normas reglamentarias, o en la fijada por la costumbre local y profesional.

b) La deuda salarial ha de ser de cuantía y carácter firmes y nunca litigiosos; el crédito del trabajador ha de constar de modo pacífico e incontrovertido para que sobre él pueda articularse el mecanismo de la imputación de responsabilidad por mora del empresario. También la doctrina del Tribunal Supremo ha señalado repetidamente la necesidad de este requisito (18).

c) La deuda salarial ha de estar determinada cualitativamente, o, lo que es igual, debe existir congruencia entre la expectativa de indemnización por mora y la suma efectivamente adeudada. Es evidente que no procede ninguna reclamación por mora esgrimida respecto de conceptos retributivos distintos de los demorados realmente (19).

d) La deuda salarial, además de estar cualitativamente determinada, ha de estarlo cuantitativamente: debe existir constancia líquida de ella. La nota de liquidez, exigida por una abrumadora masa de decisiones del Tribunal Supremo, consiste, según pronunciamiento de la propia jurisprudencia, en que «la cuantía esté ya fijada o establecida por las partes o por resolución judicial» (20); el clásico principio de que *in illiquidis non fit mora* es de plena aplicación al supuesto de la mora del empresario en el pago de la retribución del trabajador.

El problema, en todo caso, sería el de fijar los límites de la liquidez, tema abordado por el Tribunal Supremo y resuelto con criterio amplio: no es preciso, para conceptuar como líquida una deuda, que

se impone una nueva remisión a los usos y costumbres: «In assenza della data prefissata, si faccia ricorso agli usi e alle situazioni analogue» (*Op. cit.*, pág. 224).

(18) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1950: «La indemnización que establece el número 3.º de la ley de Contrato de trabajo implica la existencia de mora por parte del empresario en el cumplimiento de satisfacer al productor la retribución convenida y no puede darse la mora —según doctrina reiterada de esta Sala— cuando la determinación de la cuantía de la indemnización depende de un juicio encaminado a precisarla.» Véase, asimismo, la Resolución de 17 de octubre de 1933.

(19) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1933.

(20) Sentencias de 5 de marzo de 1941, 11 de marzo de 1946, 27 de abril de 1942, 28 de marzo de 1941, 25 de junio de 1944. Doctrina contraria, en MESSINEO: *Op. cit.*, página 337: «Se debe considerar que no perjudica a los fines de la mora el hecho de que la deuda sea ilíquida.»

conste con exactitud matemática, sino que basta que la liquidez pueda ser deducida mediante la práctica de simples operaciones aritméticas (21).

3. *Impuntualidad en el pago del salario*

Distinguidas anteriormente las obligaciones de pago y de puntualidad en el cumplimiento, es este el momento indicado para considerar la eficacia del retraso en el pago.

Esta eficacia puede estimarse como constitutiva de la situación técnica de mora, y entonces se habla de mora automática o *ex re*, y puede reputarse como un mero presupuesto, carente de validez si no viene a unírsele una declaración de voluntad del acreedor exigiendo el cumplimiento. La cuestión, por tanto, viene a centrarse en la posibilidad de adquirir en Derecho del trabajo, y dentro de él en el muy especial supuesto a que se refiere este estudio, el principio *dies interpellat pro homine*, en cuyo caso la pura llegada del día legal, convencional o consuetudinariamente fijado para el pago iniciaría los efectos de la mora.

El problema es de los más graves que plantea la institución de la mora laboral, y en buena parte han contribuido a su escasa claridad las interpretaciones no siempre exactas de la doctrina científica.

A falta de una regulación expresa en la Ley de Contrato de trabajo, el intérprete queda remitido a las normas análogas del Código civil. El artículo 1.100 del Código contiene la normativa del tema, a través de un principio general y unas reglas excepcionales.

— El principio general determina que «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer una cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación».

— Las reglas excepcionales —y que, como tales, alteran el régimen común antes enunciado— son tres:

1. Que la ley o la obligación declaren expresamente la innecesariedad de la intimación.
2. Que «de su naturaleza y circunstancias resulte que la

(21) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1901, 13 de julio de 1910, 17 de abril de 1912, 29 de noviembre de 1912, 23 de noviembre de 1917, 8 de abril de 1924, 14 de noviembre de 1925, 15 marzo de 1926, 19 de diciembre de 1951, 18 de noviembre de 1960.

designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fué motivo determinante para establecer la obligación».

3. Que se trate de obligaciones recíprocas.

Una abundante tradición jurisprudencial declara la aplicabilidad del principio general del art. 1.100 —a saber, la necesidad de que el acreedor interpele judicial o extrajudicialmente al deudor— al supuesto de la demora en el pago del salario (22).

Un sector doctrinal, fundamentalmente representado por la posición de HINOJOSA (23), viene a mantener que la mora en el pago del salario debe regirse por los principios de automaticidad expresados en las normas excepcionales del Código civil.

El punto de apoyo fundamental en favor de la tesis de la mora automática se encuentra, a nuestro juicio, no tanto en las excepciones 1.^a y 2.^a cuanto en la 3.^a, esto es, en la condición recíproca de las obligaciones laborales. En efecto, la declaración *expresa* que exige el Código civil (24) no se contiene en la Ley de Contrato de trabajo, y la referencia a lo que la obligación determine se mueve en los nada precisos límites de la casuística. Por otra parte, tampoco parece admisible la aplicación analógica de la segunda excepción del art. 1.100 del Código civil al supuesto del contrato de trabajo, pues resulta evidente que de la naturaleza de éste no puede derivarse, a no ser en supuestos muy singulares, que la designación de la época de pago del salario sea motivo determinante para fijar la obligación. La doctrina civil, más acertada en este punto que la laboral, ha sido interpretar la excepción 2.^a del

(22) Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1940 y 24 de diciembre de 1940, entre otras.

(23) *El contrato de trabajo*, pág. 162. A juicio de HINOJOSA la interpelación no se requiere en el caso de la mora del empresario, porque: a) La determinación de los períodos de pago fué motivo determinante de la constitución del contrato. b) Porque hay precepto que expresamente elimina la interpelación. c) Porque el contrato de trabajo es fuente de obligaciones recíprocas. Los dos primeros motivos parecen de dudosa admisibilidad, como intentaremos probar más adelante.

(24) MANRESA y NAVARRO: *Comentarios...*, cit., pág. 127, precisan el alcance de este requisito de la siguiente forma: «No bastará que la ley o la obligación fijen un plazo para el cumplimiento de ésta, aunque con mucha precisión la determina si expresamente no añaden que, cumplido, comenzará la mora.» Opinión contraria en ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 576: «El espíritu del precepto no es el de exigir una declaración expresamente encaminada a disponer que se incurra automáticamente en mora, sino el de excluir tal automatismo cuando no haya sido efectivamente establecido de forma implícita o explícita».

artículo 1.100 del Código civil como un auténtico caso de obligación con término esencial (25), y no hace falta un análisis de fondo para comprender que, así como la prestación del trabajador puede estar sometida, por su naturaleza, a términos de inexcusable cumplimiento, la prestación salarial, por su propia condición fungible y pecuniaria, no se ajusta a los módulos del término esencial.

En definitiva, el único argumento realmente sólido sobre el que apoyar la automaticidad de la mora laboral frente a la civil es el que suministra la excepción 3.^a del artículo 1.100 del Código civil: el pertenecer las obligaciones de que se trate a la especie de las recíprocas. Ocurriendo así, de un modo generalmente indiscutido, en el contrato de trabajo, la única solución a la que parece lógico llegar es a la de que la mora en el pago del salario es una mora automática y no rogada. La interpelación o intimación, tanto en sus manifestaciones judiciales como extrajudiciales, es un trámite no sustancial en Derecho del Trabajo, a diferencia de lo que, con carácter general, ocurre en Derecho civil (26).

(25) Cfr. DE BUEN; *Derecho civil español común*, 2.^a ed., Madrid, 1930, pág. 449: «Se ha planteado la cuestión de si en las obligaciones a plazo incurre en mora el deudor en cuanto el plazo se agota... Hoy, a tenor de nuestro Código, parece la solución más acertada considerar que el plazo no excluye la necesidad de interpelación al deudor.» Sin embargo, cuando se trata de un término esencial, la mora opera *ex re*. Tal esencialidad del término supone «que la obligación tenga un término fatal de cumplimiento, más allá del cual resulte ésta completamente inútil». La segunda excepción del artículo 1.100 de nuestro Código civil —no es precisa la intimación cuando «resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fué motivo determinante para establecer la obligación»— debe, pues, interpretarse en el sentido de que la ley confiere carácter automático a la mora en virtud de la «importancia excepcional» del cumplimiento puntual (MANRESA: *Op. cit.*, págs. 127 y siguientes).

Sobre el tema, F. HERNÁNDEZ GIL: «La intimación del acreedor en la mora *ex persona*», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XV, abril-junio 1962, págs. 354 y 355, y bibl. ib. cit.; GRAZIANI: «Il termine essenziale», en *Archivio Giuridico*, 1937, páginas 48 y sigs.; NATOLI: «Il termine essenziale», en *Riv. Dir. Comm.*, 1947, I, páginas 221 y sigs.; NICOLO: «Termine essenziale e mora debendi», en *Foro Italiano*, 1946, I, págs. 931 y sigs.; VICENTE GELLA: «Término esencial», en *Rev. Der. Mercantil*, 1949, págs. 7 y sigs.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Término esencial: comentario a la sentencia de 24 de octubre de 1954», en *Anuario de Derecho Civil*, VII, págs. 937 y siguientes; también, RAVAZZONI: «La costituzione in mora del debitore», en *Studi Parmensi*, VII, Milán, 1957, págs. 411 y sigs.

(26) En igual sentido, y con relación al Derecho italiano, RIVA SANSEVERINO: *Il lavoro nell' impresa*, Turín, 1960, págs. 387-88: «Nelle prestazioni continuative, reperibile nel contratto di lavoro in generale, è necessario sia trascorso tutto il periodo di tempo previsto per il maturarsi del periodico pagamento della retribuzione; pagamento che viene in genere effettuato fuori degli di lavoro. Dal momento per tal modo spezi-

II. EFECTOS DE LA MORA EN EL PAGO DEL SALARIO

Toda la compleja mecánica de la mora no es, en última instancia, sino la forma de imputar efectos jurídicos a comportamientos de cumplimiento defectuoso. Con el retraso en el cumplimiento del deudor se produce una situación depresiva para el acreedor —en el supuesto de este estudio, el trabajador por cuenta ajena—. A situaciones de este tipo ha de oponerse el ordenamiento jurídico, añadiéndoles unos efectos que, de un lado, operan como sanción al deudor moroso, y, de otro, actúan como indemnización en favor del acreedor perjudicado.

El estudio de los efectos de la mora en el pago del salario plantea diversos problemas: cuáles son esos efectos, a quién compete su fijación, a partir de qué momento ha de iniciarse su cómputo. A todos ellos hemos de referirnos, por el mismo orden expresado.

ficato, il diritto alla retribuzione può esser fatto valere secondo le forme generalmente previste: da tal momento ha infatti eventualmente inizio la mora del debitore (articolo 1.282 del Código civil) con decorrenze degli interessi nella misura legale del 5 % all'anno» (art. 1.284 del Código civil).

CASSI: *Op. cit.*, mantiene también, en defensa de la automaticidad de la mora, que «è principio generalmente accolto che il mancato pagamento della retribuzione nel tempo in cui è dovuto, comporta *di pieno diritto* il pagamento degli interessi». En la página 224 de la misma obra completa este pensamiento diciendo que «se la retribuzione non viene pagata, decorrerano gli interessi in base al noto principio del *dies interpellat pro homine*, accettato in dottrine e in giurisprudenza».

En parecidos términos, GUIDOTTI: *La retribuzione*, cit., págs. 420 y sigs.

Una solución armónica se encuentra en el Derecho argentino. Véase a este respecto KROTOSCHIN: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, I, Buenos Aires, 1955, página 284: «El patrono no puede de modo alguno demorar el pago más allá de los plazos fijados o convenidos. Sólo suele concederse un cierto espacio de tiempo, a partir del vencimiento, dentro del cual deben hacerse los pagos correspondientes. Estos plazos máximos, que en ningún caso pueden ser mayores de una semana, serán establecidos, en principio, por el Poder ejecutivo nacional (ley 11.288, art. 2.º ap. 2.º, agregado por ley 11.337). Con todo, la concesión de este plazo moratorio, similar a lo que GUIDOTTI (*Op. cit.*, pág. 424) llama *ragionevole limite* de demora, enturbia la claridad de la mora *ex re*, haciéndola pender de la mayor o menor dilación del deudor en el pago.

La doctrina alemana mantiene, en el supuesto de la retribución *nach Zeitschnitten*, que el deber de pago surge sin más con la llegada del término. De acuerdo con el párrafo 284 del B. G. B., se trata de un tiempo de prestación fijado por el calendario, que no requiere intimación alguna por parte del trabajador, de tal modo que si, al final del período, el empresario no ha pagado el salario, incurre, sin más, en *mora debitoris*. En este sentido, STAUDINGER - MOHNEN - NIPPERDEY: *Der Dienstvertrag* (Kommentar zum B. G. B.), 1958, pág. 1.389.

I. Efectos primarios y secundarios

Los efectos de la mora son varios y de desigual jerarquía: uno fundamental, constituido por la obligación de indemnizar, anexa a la obligación principal de pago, y otros secundarios, a los que en su momento nos referiremos.

Del tenor literal del art. 75, 3.º, de la ley de Contrato de trabajo, se desprende que la consecuencia esencial de la constitución del empresario en mora es la de indemnizar al trabajador. Tal principio es el homólogo de la norma civil según la cual «quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en morosidad» (27). La alternativa que plantea la doctrina civil entre resarcimiento por mora o indemnización por pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento demorado ofrece escaso interés en Derecho del trabajo: no siendo la obligación retributiva de las que se rigen por un término esencial no parece, como ya hemos indicado, que la percepción del salario pueda dejar de tener interés económico para el trabajador por el mero hecho de su demora.

A esta consecuencia básica de la mora deben añadirse determinados efectos secundarios: la posibilidad de extinción del contrato por decisión del trabajador y la imputación de efectos sancionadores particularmente graves a la situación de mora.

a) Respecto del primero de ellos, el art. 78, b), de la ley de Contrato de trabajo determina expresamente que una de las causas justificantes de la *dimisión* del trabajador es la de la mora en el pago del salario (28).

b) Respecto del segundo, el art. 75, 3.º, de la ley de Contrato de trabajo, *in fine*, preceptúa que la indemnización operará «sin perjuicio de las facultades conferidas a los Magistrados por las leyes», facultades que se extienden, según se desprende del estudio del artículo 75 de la Ley de Contrato de trabajo vigente y de sus antecedentes, el art. 87 de la Ley de Contrato de trabajo de 1931 y el artículo 479 del Código de trabajo (29), a la imposición de medidas correctivas o sancionadoras.

(27) Art. 1.101 del Código civil.

(28) Art. 78, b), de la ley de Contrato de trabajo: «Se estimarán causas justas para que el trabajador pueda por su voluntad dar por terminado el contrato las siguientes: (...) b), la falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida.» Cfr. VELIO REIS: «Mora en el pago del salario», en *El Foro*, México, diciembre 1947, t. IV, núm. 4, pág. 378.

(29) «Si el magistrado entendiase que existió mala fe por parte del empresario moroso, podrá imponerle una multa de 50 a 1.000 pesetas» (Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Salarios*, cit., pág. 141).

2. Fijación de los efectos de la mora

La fijación de los efectos de la mora plantea dos cuestiones básicas: cómo se realiza la estimación de esos efectos y, en segundo lugar, a quien corresponde la fijación. Los dos temas son abordados en el propio art. 75, 3.º, de la Ley de Contrato de trabajo al declarar que el empresario moroso «indemnizará al obrero en una cantidad cuya cuantía fijará el Magistrado de trabajo» y que «en ningún caso excederá la indemnización concedida por este motivo, por cada año, del importe de la mitad de los salarios dejados de percibir».

El sistema que la ley de Contrato de trabajo contempla, no sólo para determinar a quién corresponde la fijación de los efectos de la mora, sino para estructurar en sus líneas generales la institución, es el de la mora contenciosa, esto es, la mora cuya constitución obedece a un acto decisor judicial. El alcance de esta expresión —«mora contenciosa»— debe ser muy cuidadosamente delimitado, en prevención de equívocos importantes. Si por mora contenciosa quiere significarse que la situación morosa en el pago del salario no nace sino con el acto judicial de su proclamación, no parece dudoso que la mora laboral no merece la calificación de contenciosa, y no la merece por la razón, sobre la que se ha abundado en este estudio, de que se trata de una mora automática: una mora que para tener eficacia jurídica no precisa de requerimiento judicial o extrajudicial, y que, *a fortiori*, tampoco precisa de declaración judicial. Si con la expresión «mora contenciosa» quiere, por el contrario, aludirse simplemente a aquel tipo de mora cuyos efectos son declarados por el Magistrado, no existe inconveniente en su aceptación. Con todo, se hace necesario insistir en que no toda mora en el pago del salario tiene que ser forzosamente contenciosa en este último sentido, pues resulta de evidente comprensión que para que exista mora contenciosa ha de preceder un litigio formalizado ante el Magistrado de trabajo. La Ley de Contrato de trabajo, por tanto, al referirse a la mora cuyos efectos fija el Magistrado, se limita a considerar un aspecto —seguramente el más importante— de declaración de efectos de la mora.

En consecuencia, dos sistemas se ofrecen como posibles vías de determinación de la indemnización debida por retraso en el pago del salario:

— Un sistema de autocomposición, en el que las propias partes resuelven sus diferencias y acuerdan, por la vía de la transacción, la oportuna indemnización en favor del trabajador.

— Un sistema de heterocomposición ante tercero cualificado jurisdiccionalmente. Este tercero, en nuestro ordenamiento procesal del

trabajo, es un órgano unipersonal, el Magistrado de trabajo, y a su actuación y conocimiento ha de preceder el intento de conciliación ante las correspondientes Juntas sindicales.

En un examen muy rápido de estos supuestos puede comprobarse que la mora contenciosa no es, en efecto, sino un tipo especial de la mora en el pago del salario.

En el sistema de autocomposición no puede surgir ninguna duda acerca de la inexistencia de fijación contenciosa de los efectos de la mora; son las partes, y sólo ellas, quienes deciden los términos de la indemnización.

Y aún dentro del régimen de la mora alegada ante tercero instituido con poderes jurisdiccionales, hay que distinguir muy importantes supuestos previos a los que nos hemos referido ya: uno de estos supuestos vendría constituido por la situación jurídica creada al determinarse los efectos de la mora en el acto de conciliación sindical; el otro, por la determinación de esos efectos en el acto de conciliación ante el propio Magistrado.

En el caso de que la conciliación sindical alcanzase buen éxito, lo que equivale, tratándose de un proceso de eliminación (30), a la evitación del proceso principal *apud iudicem*, tampoco correspondería al Magistrado de trabajo fijar los efectos de la mora, siendo tal función propia de las partes en litigio, y ello porque la conciliación es a la postre una pura transacción trasladada a la esfera procesal.

Si el buen éxito corresponde a la conciliación celebrada ante el propio juzgador, con carácter inmediato a la celebración del juicio, se opera también una auténtica transacción en la que son las partes, y en modo alguno el magistrado, quienes deciden los términos de su avenencia.

Todo el anterior razonamiento quiere conducir a unas sumarias indicaciones, como son las siguientes:

— La fijación de los efectos de la mora puede ser judicial (lo que comúnmente se denomina mora contenciosa) y extrajudicial.

— La Ley de Contrato de trabajo se refiere exclusivamente a la declaración judicial de la indemnización.

— La función judicial es puramente declarativa de una condena pecuniaria (sin perjuicio de otras sanciones) al empresario moroso. La mora, por tanto, nace con el puro retraso, siendo como es una mora *ex re*, y no con el acto de declaración judicial, que, como hemos visto, puede faltar.

(30) La expresión en GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, págs. 1.233 y siguientes.

Analizado el tema de la fijación de los efectos de la mora en cuanto el sujeto competente para hacerlo, queda por estudiar la cuestión de los criterios utilizables para la determinación de la cuantía de la indemnización por mora.

La Ley de Contrato de trabajo, en su art. 75, 3.º, se refiere exclusivamente al supuesto de que los efectos de la mora sean fijados por el Magistrado de trabajo. En este caso, y entendiendo que en los restantes juega el principio de la autonomía de la voluntad limitado en todo caso por el de irrenunciabilidad de derechos del trabajador, el juzgador decide discrecionalmente, si bien atendiéndose a una doble limitación:

— Por una parte, la que supone el hecho de existir una tasación del máximo que puede alcanzar la indemnización. Esta tasación ha evolucionado de modo muy sensible a lo largo de nuestro Derecho del trabajo. Así, resulta notoria la diferencia entre el régimen indemnizatorio seguido por la Ley de Contrato de trabajo de 1931, cuyo artículo 87 (31) fijaba un desproporcionado interés por mora —el 5 por 100 semanal, lo que hacía un 260 por 100 al año— y el sistema patrocinado por la vigente Ley de Contrato de trabajo cuyo art. 75, 3.º, transcribe, en lo referente a la fijación de indemnización por mora, el contenido de la ley de 11 de julio de 1941. El régimen en vigor, aun basándose en el arbitrio del Magistrado, prohíbe que la cuantía de la indemnización exceda, por cada año, de la mitad de los salarios debidos.

— Por otra parte, existe una segunda limitación, o, mejor, una segunda serie de limitaciones, impuesta por los criterios que la Ley de Contrato de trabajo determina han de ser tenidos en cuenta por el magistrado en el momento de fijar la cuantía de la indemnización. Estos criterios son tres y, a tenor del pronunciamiento del art. 75, 3.º, de la Ley de Contrato de trabajo, parece que taxativos:

1.º *El importe de la remuneración.*—La cuantía de la indemnización se encuentra en proporción directa con la cuantía de la retribución debida. De aquí la necesidad de que la deuda

(31) Las críticas que este precepto sufrió hasta su derogación fueron tan numerosas como justificadas. Ver, por todas, las de GALLART y FOLCH: *Derecho español del trabajo*, Barcelona, 1936, pág. 74, e HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 161. El Tribunal Supremo llegó a interpretar *contra legem* la cuantía de las indemnizaciones (sentencias de 23 de enero de 1940 y 15 de marzo de 1943).

salarial conste de forma líquida, en los términos ya vistos anteriormente.

La cuestión no queda agotada en esta elemental afirmación. Su naturaleza problemática surge cuando la retribución se debe en virtud de la prestación de trabajos que, sin estar excluidos de la Ley de Contrato de trabajo por virtud del art. 7.º de ésta, poseen una muy elevada cualificación, siendo altamente remunerados. Frente a estos trabajadores de ingresos excepcionalmente importantes, el Tribunal Supremo ha mostrado una tendencia excluyente y antiproteccionista. El fundamento de esta singular doctrina reside en la idea de que el instituto de la mora juega en Derecho del trabajo exclusivamente como un mecanismo de protección del salario concebido éste como crédito *alimenticio*. Siempre que la demora se predique respecto de retribuciones que no sean esenciales para la subsistencia del trabajador, por contar éste con rentas devengadas con anterioridad y capitalizadas —parece ser la lógica consecuencia de la postura del Tribunal Supremo— habrá de prescindirse de aplicar los efectos de la mora.

Que ésta no es la doctrina que debe prevalecer parece fuera de duda. El fallo fundamental de la tesis se encuentra en el concepto de retribución y en el concepto de mora de los que el Tribunal Supremo parte. El salario queda encasillado en una noción alimenticia radicalmente insostenible desde un punto de vista jurídico. Salario es la prestación que el empresario debe al trabajador en virtud de la celebración de un contrato de trabajo y a cambio de su prestación laboral (32). Y no parece posible que, con relación a la fijación de la indemnización por mora, se establezcan topes máximos de salarios, pasados los cuales toda demora quede sin sanción indemnizatoria. Esta limitación de bases salariales, propia de algunos regímenes de la Seguridad social, en los que, por otra parte, tiene su explicación, no puede admitirse sin más en el caso de la indemnización por mora. Por mucho que se pretenda modificar la estructura de la mora laboral respecto de la civil, la especialidad no puede justificar la desnaturalización de la institución. Por otra parte, cuando la Ley de Contrato de trabajo dice que, entre otros criterios, el Ma-

(32) ALONSO OLEA: *Lecciones de cátedra*, Universidad de Sevilla, 1959-60, según mis notas.

gistrado tendrá en cuenta, al fijar la indemnización por mora, «el importe de la remuneración», o está preceptuando una elevación proporcional de las indemnizaciones respecto de la importancia de los salarios o no está diciendo nada.

Admitiéndose que la técnica de la mora sólo puede entrar en juego respecto de los salarios bajos, se está retrocediendo al viejo y superado «Derecho obrero» o «Derecho de los económicamente débiles», y se está abriendo al empresario la posibilidad de incumplir sistemática e impunemente el deber de puntualidad en el pago respecto de aquellos de sus trabajadores que devenguen salarios elevados.

2.º *Las cargas familiares del trabajador.*—El arbitrio del magistrado en cuanto a la fijación de la cuantía de la indemnización tiene, como segundo motivo de limitación, el de la especial onerosidad que supone la mora para el trabajador que soporta cargas familiares.

La inclusión de este criterio pone de manifiesto cómo no es el puro salario el elemento retributivo que ha de ser estimado como base exclusiva de la declaración indemnizatoria; ésta ha de tener en cuenta incluso una percepción tan demostradamente extrasalarial como es la integrada por las asignaciones familiares que corresponden a las cargas familiares (33).

3.º *Las causas que hubieran motivado el retraso.*—El Magistrado de trabajo debe estimar, por último, los motivos determinantes de la demora del empresario. Y debe hacerlo a los solos efectos de agravar o atenuar la cuantía de la indemnización. Juega aquí con toda nitidez el aspecto sancionador que la institución de la mora posee: el simple retraso inimputable al empresario no puede ser sancionado con igual rigor que la demora producida por la conducta negligente o dolosa del empresario.

Con todo, sea o no imputable la mora al empresario, el trabajador ostentará siempre un derecho indemnizatorio: puro derecho de resarcimiento, si falta la culpabilidad patronal, y derecho incrementado en la suma que se fije en retribución a la culpa del empresario, cuando ésta exista.

(33) La incomunicación entre salario y asignaciones familiares ha sido puesta de relieve por ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 142, nota 2, y PÉREZ BOTIJA: *Salarios*, cit., pág. 141, nota 1.

3. Cómputo de los efectos de la mora

Determinados los efectos de la mora, y determinados también los criterios legales para su fijación, importa señalar el *dies a quo* de su cómputo.

En principio, tres tendencias distintas pueden indicarse por vía de posible solución :

- El *dies a quo* viene señalado por la llegada del día fijado para realizar el pago.
- El *dies a quo* viene señalado por la reclamación del trabajador.
- El *dies a quo* viene señalado por la fijación de los efectos de la mora, judicial o extrajudicialmente.

La cuestión es importante porque el Magistrado debe tener presente —y la falta de declaración de la Ley de Contrato de trabajo en este sentido supone una omisión sustancial— la duración de la situación de mora como factor de ponderación de su gravedad y de los consiguientes efectos indemnizatorios.

Y la solución a la que parece oportuno llegar es a la de que la mora y sus efectos nacen en un mismo momento. Así como el supuesto general del Derecho civil hace surgir tanto el estado de mora como la derivación de sus efectos del acto del requerimiento, en Derecho del trabajo la mora y sus efectos indemnizatorios comienzan a correr de pleno derecho desde el día en que debió realizarse el pago del salario.

Conviene advertir que la cuestión adopta un sesgo muy distinto en Derecho civil y en Derecho del trabajo; en Derecho civil los efectos indemnizatorios se determinan aritméticamente sobre la base del *dies a quo* o día del requerimiento, mediante la imputación del interés legal, mientras que en Derecho del trabajo tal automatismo no existe, jugando en todo caso el principio del arbitrio judicial para la fijación de la indemnización. Esto hace que en el supuesto de la mora en el pago del salario, el tiempo de duración del estado moroso no determine de modo mecánico la cuantía de la indemnización, pese a lo cual su importancia como factor a tener en cuenta por el Magistrado es indudable.

IV. CESACIÓN DE LA SITUACIÓN DE MORA

Respecto de la cesación de la mora pueden contemplarse un supuesto normal y unos supuestos especiales.

— El supuesto normal hace referencia a la cesación de la mora en virtud del acto de cumplimiento del empresario: la situación de mora desaparece al hacerse efectivo el pago del salario, bien entendido que se trata de un pago demorado que, en cuanto tal, ha de llevar aneja la indemnización por mora.

— Los supuestos especiales de cesación del estado de mora pueden reducirse sistemáticamente a los siguientes:

a) *La compensación de la mora.*—Siendo el contrato de trabajo fuente de obligaciones recíprocas, la propia interdependencia de los deberes que pesan sobre el empresario y sobre el trabajador, determina, en el caso de que uno y otro hayan incurrido en mora en el cumplimiento de sus respectivas prestaciones, la compensación de ambas situaciones. Parece, por consiguiente, la solución más exacta la de no imputar consecuencias indemnizatorias a la mora del empresario cuando a ésta se haya unido la mora del propio trabajador.

b) *La remisión de la mora.*—La norma civil de que el acreedor puede remitir o tolerar la situación de mora, ampliando el período de pago, y no exigiendo los intereses de la mora, no parece de aplicación al contrato de trabajo (34). Y no lo parece porque supondría en último término una renuncia de derechos por parte del trabajador. Tanto la renuncia expresa como la tácita a la indemnización derivada de la mora caen dentro de la tacha de nulidad con que el art. 36 de la Ley de Contrato de trabajo sanciona «la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley».

c) *La extinción de la obligación principal.*—El cumplimiento del empresario incurso en mora limitado al pago del salario plantea el problema de la extinción o pervivencia del

(34) Sobre el supuesto general de la condonación, arts. 1.187 y sigs. del Código civil.

derecho indemnizatorio derivado de la mora. La solución más aceptable parece la de «considerar las consecuencias de la mora como derechos independientes y no como meras ampliaciones accesorias del crédito principal», en cuanto que «una cosa es que las consecuencias de la mora sean accesorias en el sentido de no poder nacer sin la obligación principal y otra distinta es que, una vez aparecidas esas consecuencias, puedan sobrevivir a la obligación principal que se ha extinguido» (35). Y lo que se dice respecto de la nuda extinción de la obligación ha de entenderse aplicable, con el mismo razonamiento, al caso de la novación; novada la obligación principal, el deber de indemnizar derivado de la mora prosigue su existencia de manera autónoma.

d) *La prescripción de la obligación retributiva.*—Dentro del genérico supuesto de la extinción de la obligación, pero con características muy peculiares que aconsejan su tratamiento independiente, se incluye la prescripción de la obligación de pago.

La prescripción viene a operar, en el caso del contrato de trabajo, en un doble sentido: primero, extinguiendo la obligación retributiva y haciéndola inexigible, y segundo, haciendo transcurrir el plazo hábil para que el trabajador pueda reclamar la indemnización por mora.

De acuerdo con el art. 83, párrafo final, de la Ley de Contrato de trabajo, la acción de reclamación de salarios prescribe a los tres años, contados a partir del «día en que reciba el obrero su jornal sin protesta ni reclamación alguna». En el supuesto de que, llegado el día del pago, éste no tenga lugar, sin que se verifique acto alguno de reclamación por parte del trabajador, la situación jurídica que se produce es la siguiente:

— Desde el día en que debió realizarse el pago (y no se realizó, sin protesta del trabajador), y por un plazo de tres años, éste conserva su derecho al salario y, consiguientemente, a la indemnización por mora.

— Al transcurrir el plazo de tres años, dentro del cual se mantiene viva la obligación, operará la prescripción extintiva y, con ella, la inexigibilidad no sólo del salario sino también de la indemnización por mora.

(35) ENNECERUS: *Op. cit.*, pág. 277.

El no ejercicio de la acción, y el consiguiente transcurso del plazo hábil para interponerla, plantea el problema de la colisión entre el principio de irrenunciabilidad y el de prescripción de derechos. Tal conflicto se ha planteado, por supuesto, en todos aquellos dominios del Derecho en que el ordenamiento prohíbe la renuncia, y de modo muy especial con relación a derechos tan indiscutiblemente irrenunciables como los que ostenta el trabajador en virtud de la producción de un accidente de trabajo. Los términos del problema, tradicionalmente uno de los más confusos e intrincados con que ha tenido que enfrentarse el jurista, han quedado definitivamente precisados en la doctrina laboral. «No deriva de la irrenunciabilidad —ha escrito Alonso Olea (36)— el ejercicio forzoso u obligatorio del derecho irrenunciable... No ya el derecho irrenunciable, sino el derecho irrenunciable declarado en sentencia firme, pende en su ejercicio de la voluntad de su titular. El ordenamiento reacciona mediante la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el que se exteriorice la voluntad de renunciar, pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; *de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables*». Doctrina que, si se aplica al supuesto del derecho del trabajador a la indemnización por mora, como evidentemente debe aplicarse, significa esto: que el carácter irrenunciable de ese derecho no es obstáculo para que la dejación de la acción procesal (o la omisión de cualquier otro acto interruptivo) provoque su prescripción extintiva.

ALFREDO MONTOYA MELGAR

(36) ALONSO OLEA: «Derechos irrenunciables y principio de congruencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XV, fasc. II, abril-junio de 1962. El texto reproducido, así como un certero análisis legal y jurisprudencial, en la pág. 322.