

CAPÍTULO 26

EL SALARIO

Justo LÓPEZ BASANTA

SUMARIO: I. *El concepto*. II. *Los tipos de salario*. III. *Protección del salario*. IV. *Bibliografía*.

I. EL CONCEPTO

1. *Terminología*

Se ha hecho usual en los autores la designación de lo que se paga por el trabajo subordinado con los términos “salario”, “remuneración” o “retribución”, tratados como sinónimos.

Ciertamente las expresiones “remuneración” y “retribución” pueden aplicarse, también, a lo que se paga por trabajos o servicios autónomos o independientes, pero cuando los autores de derecho del trabajo las usan queda tácito que se refieren a remuneraciones o retribuciones del trabajo subordinado. Estrictamente la denominación más específica, respecto al trabajo subordinado, es la de “salario”, porque no es usual aplicarla a lo que se paga por los servicios de trabajadores autónomos o independientes (por ejemplo, a los “honorarios” de los profesionales que actúan como tales, vale decir, que ejercen independientemente su profesión).

Con esas aclaraciones, seguiremos la costumbre de tratar las expresiones “salario”, “remuneración” o “retribución” como sinónimas.

2. *El enfoque económico*

Desde el punto de vista propio del saber económico, el salario es un *rédito o ingreso*: el que corresponde al trabajador subordinado por la prestación de su trabajo; de modo semejante a como el “beneficio” es el rédito o ingreso peculiar del titular de una empresa.

Es un rédito individual (por oposición al ingreso o rédito nacional) y contractual, esto último por oposición al “beneficio”, porque se determina contractualmente y no, como el “beneficio”, un rédito residual, que surge “como un residuo después que la empresa ha repartido su recaudación total entre aquellos que ofrecieron capital y aquellos que ofrecieron trabajo” (Vito).

Los economistas, desde su punto de vista, lo consideran fundamentalmente un precio —el precio del trabajo subordinado— aunque un precio con características especiales ya que, por razones éticas, no se admite, normalmente, que quede librado pura y exclusivamente al mercado. Así, analizan, por ejemplo, cómo se forma ese precio en un régimen sin organización sindical y en un régimen con organización sindical.

Se distingue el salario nominal, definible como “el flujo de las entradas en moneda que el individuo recibe anualmente deducido cuanto empleado ha gastado para conseguirlo, sumado al valor monetario de las eventuales entradas en especie”, y un salario real que es el “flujo de bienes y servicios que el rédito monetario permite al individuo procurarse anualmente sin que la riqueza originaria (patrimonio originario) quede disminuida” (Vito).

Es importante retener que se trata de un ingreso o ganancia y no de compensación de un gasto o la reparación de un daño: el ingreso propio del trabajo subordinado.

3. *La caracterización jurídica*

La relación de trabajo incluye una amplia variedad de posiciones jurídicas subjetivas: créditos, deudas, “deberes de conducta” (Karl Larenz), poderes, cargas; pero para que una relación jurídica sea caracterizable como relación de trabajo es indispensable que aparezcan en ella dos deberes típicos de prestación: el de prestar el trabajo subordinado y el de remunerarlo.

La prestación del trabajo subordinado y la remuneratoria están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como “sinalagmática” o “de cambio”, puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el cambio de trabajo subordinado por una retribución o salario. Y cada una de esas prestaciones funciona, por lo tanto, como contraprestación respecto de la otra.

Consiguientemente, desde el punto de vista jurídico, el salario es la contraprestación del trabajo subordinado; contraprestación que, como ya quedó explicado el tratar del enfoque económico del salario, consiste en un ingreso o rédito o ganancia individual del trabajador. Es decir, tiene un contenido

patrimonial y es, para el trabajador subordinado, una ventaja patrimonial, algo que ingresa a su patrimonio.

Así el concepto jurídico de salario incluye el concepto económico (rédito o ganancia individual).

De modo que, por esa inclusión, debe caracterizarse jurídicamente al salario como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado (Justo López).

Por otra parte, esa relación de reciprocidad o conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo (y del contrato de trabajo que es su fuente normal), ya que, según Messineo, la onerosidad de una relación jurídica viene de que “cada una de las partes sufre un sacrificio (depauperación) patrimonial (prestación que cumple), al cual corresponde una ventaja (contraprestación que recibe), circunstancia que se da, inevitablemente, en todos los contratos con prestaciones recíprocas (interdependientes)”.

4. El “carácter alimentario” del salario

Para la inmensa mayoría —casi la totalidad— de los trabajadores subordinados el salario tiene una muy evidente finalidad de subsistencia: se trabaja para vivir, es decir, para procurarse los bienes y servicios que requiere la vida del trabajador y, si es el caso, su familia.

A su vez, los trabajadores subordinados constituyen la mayoría de la población económicamente activa de cada país, en la actual organización de la producción.

Esas dos circunstancias —necesidad del salario para vivir en la mayoría de la población activa—, hacen que el ordenamiento jurídico reconozca una especial relevancia a la protección del crédito salarial, cuestión ésta a la que se dedica la tercera parte de este capítulo.

Obviamente, lo señalado no significa que el salario pueda confundirse con la “cuota alimentaria” que se debe a algunos parientes en ciertas circunstancias, puesto que dicha cuota no es contraprestación del trabajo subordinado y, consiguientemente, no tiene su fundamento en una relación laboral, sino en una relación propia del derecho de familia.

Pero ello no quita que el salario tenga en común con la “cuota alimentaria” una finalidad de subsistencia para quien recibe una u otra prestación. De ahí que la remuneración laboral contenga (en palabras de Krotoschin) “ciertos elementos alimentarios, aunque no es, desde luego, cuota alimentaria”. Durand y Vittu, quienes también diferencian el salario de la obligación alimentaria

entre ciertos parientes, dicen que “el régimen jurídico de las dos deudas no puede hacer olvidar la identidad de todos los créditos alimentarios en cuanto a su fin: asegurar la subsistencia del acreedor”.

Por otra parte, no está de más recordar que hay otras prestaciones —aparte del salario y la cuota de alimentos— que tienen finalidad de subsistencia, como es el caso de los honorarios del profesional independiente o ciertas prestaciones de la seguridad social (jubilaciones, pensiones).

5. El “salario justo”

A partir de que Aristóteles elaboró la teoría de la justicia en los cambios (o conmutativa), como igualdad absoluta (numérica o aritmética) entre las respectivas prestaciones, los teólogos escolásticos se plantearon la cuestión del “salario justo”, paralelamente a la del precio justo. Se refirieron expresamente a la justicia del salario, Enrique de Langestein (siglo XIV), San Antonio de Florencia (siglo XV), Luis Molina (siglo XVI) y los casuistas del siglo XVII (Rocha).

En esta perspectiva entra la consideración del salario como medio de vida del trabajador: “Es el hombre mismo, inseparable de su actividad, es su vida, representada por el único medio de ganársela, que es su trabajo, lo que entra en la prestación del obrero. El aporte vital del trabajador constituye la prestación del mismo” (Raffo Magnasco). Y puede decirse que “así como a nadie puede ocurrírsele que el locar un motor o un caballo carece de obligaciones con el locador respecto al trato y conservación de la cosa alquilada, guardada la distancia, nadie puede sostener que al tomar un obrero para el trabajo no tiene deberes de orden jurídico para con su persona y su dignidad” (Raffo Magnasco).

La exigencia jurídico-moral de la igualdad en los cambios llegó, limitada-mente, al derecho romano a través del instituto de la “lesión enorme”, por el cual quien se benefició con un cambio desigual debía restituir lo obtenido de más, si la diferencia excedía la mitad del valor de la cosa.

Este instituto, en el derecho romano, se aplicaba concretamente a la compra-venta en forma explícita, pero se lo consideró aplicable, por analogía, a todos los contratos de cambio.

6. El salario lesivo

El tema de la justicia del salario se proyecta sobre la cuestión de la validez del que la doctrina ha calificado como “inequitativo”, “irrisorio” o “ínfimo”,

es decir, el salario que significa lo que se ha llamado una “deshonesta desproporción” entre las recíprocas prestaciones de las partes, al que considera manifestativo de un “negocio usurario” (Spota).

O, por ejemplo, en el derecho civil argentino, ese tipo de salario debe ser considerado contrario a “la moral y las buenas costumbres” (que menciona el artículo 953 del Código Civil) y especialmente comprendido en el artículo 954 del mismo código (modificado por la ley 17,711), que introduce el instituto de la llamada “lesión subjetiva”. Según un párrafo de este artículo, puede demandarse “la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera en ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”. El mismo artículo presume “salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción entre las prestaciones”. Y, finalmente, se da al accionante “opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas opciones se transformará en acción de reajuste si éste fuese ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

7. *El principio de igualdad*

El principio de igualdad o de trato igual, en el derecho del trabajo, excede el ámbito de la remuneración del trabajador: la igualdad en materia de remuneraciones es una manifestación parcial de aquel principio.

Según Hueck y Nipperdey, el principio general se funda en el carácter comunitario de la empresa laboral pues, sostienen, no se concibe una comunidad auténtica cuyos miembros no reciban un trato igual.

El principio de trato igual en materia remuneratoria aparece en el artículo 23-2, como principio de “igual remuneración por igual tarea”, en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Y como principio de “igual remuneración por trabajo de igual valor”, en el Convenio número 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre el personal masculino y el femenino.

Lo que se trata de impedir —y, por lo tanto, se prohíbe— con el principio de “trato igual” es la discriminación arbitraria. Pero, como explica Fernández Madrid, “la igualdad debe referirse a situaciones generales, es decir, se iguala la situación desventajosa del individuo respecto de la comunidad (que será la generalidad de los trabajadores de la empresa o el sector más o menos grande con el que guarde analogía), pero no de la comunidad en el caso aislado del trabajador más favorecido”.

Desde luego, el principio de igualdad de remuneración no juega cuando hay alguna razón objetiva y suficiente para discriminar.

La situación general respecto de la que se discrimina puede provenir de cualquier fuente normativa, ley, decreto, resolución administrativa —si estas dos últimas fuentes fueran válidas— e incluso de la voluntad unilateral del empleador siempre que éste disponga algo con carácter general, o sea, para todos los trabajadores de la empresa o algún sector especial de ella (por ejemplo, si el empleador dispone un aumento general de salarios, pero excluye, sin que medie alguna razón objetiva, a tal o cual trabajador).

8. *Inadmisibilidad de la aleatoriedad total de la remuneración*

Lo peculiar del contrato aleatorio (por oposición al conmutativo, el otro tipo de contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas) es la situación de incertidumbre de las partes respecto a la importancia del sacrificio o la ventaja que derivará del contrato para cada una de ellas.

“La causa del contrato aleatorio consiste en el hecho de que para cada una de las partes es objetivamente incierto —en el acto de la conclusión—, si le resultará una ventaja o (por lo menos) una ventaja que sea proporcionada al sacrificio que debe realizar” (Messineo). En ese tipo de contratos “es indiferente la desproporción entre las prestaciones por grande que pueda ser” (Messineo). Ahora bien, si la aleatoriedad “existe en una sola parte, el contrato se considera ilícito” (Messineo). Es un contrato leonino.

Ese sería el caso de un contrato de trabajo según el cual la remuneración quedaría sometida en su totalidad a un área, en tanto que el empleador tendría la certeza en cuanto a la obtención de la prestación del trabajo. En un tal supuesto debería considerarse nulo lo convenido respecto a la remuneración (análogamente a lo que pasa en el caso del salario irrisorio) y el salario ser determinado por el juez.

Nos hemos referido a la nulidad de la cláusula salarial que establece la aleatoriedad total del salario, pues la aleatoriedad parcial de la remuneración no implica, necesariamente —al menos en cuanto no se llegue a un salario lesivo o irrisorio—, la nulidad de la cláusula remuneratoria; por el contrario, como señala Orlando Gomes, la aleatoriedad parcial es propia “de ciertas formas de remuneración variable”, como puede ser el caso de remuneraciones a comisión o porcentaje y algunos supuestos de “prima o premio”.

Se trataría de una remuneración totalmente aleatoria si aquélla consistiese exclusivamente en la participación en las utilidades, pues el trabajador perdería la totalidad de su remuneración si no existiesen utilidades.

Por lo demás, si hubiera un salario mínimo absoluto (o “vital”) o un salario mínimo profesional, la aleatoriedad parcial no sería válida en tanto significara privación del mínimo establecido.

9. *Fuentes normativas de la determinación del salario: limitaciones a la autonomía de las partes (salarios mínimos)*

En principio, cualquier fuente normativa válida para el ordenamiento puede determinar la remuneración del trabajador, trátase (repetimos: si son fuentes válidas) de una ley, un decreto reglamentario, una resolución administrativa, una sentencia judicial o una norma o cláusula de autonomía privada.

Pero si existe un salario mínimo, la autonomía de las partes del contrato de trabajo aparece limitada por la imperatividad del mínimo; de modo que esa autonomía sólo puede disponer un salario superior al mínimo.

El salario mínimo, a su vez, puede ser un mínimo absoluto, que se suele llamar “vital” y por principio es aplicable a cualquier trabajador; o puede ser un mínimo profesional, aplicable, ya no a cualquier trabajador sin más, sino a determinada categoría o sector de trabajadores.

10. *Diferenciación de otras prestaciones del empleador*

Ya quedó explicado que el salario es un ingreso o ganancia individual del trabajador a título de contraprestación del trabajo subordinado.

Esta caracterización es el criterio dirimente para determinar qué no es salario, entre las prestaciones a cargo del empleador:

- a) Indemnizaciones. Lo que se debe a título de indemnización no es debido, indudablemente, como contraprestación del trabajo subordinado, sino como reparación (sea integral o tarifada) de un daño que la ley pone a cargo del empleador por alguna razón. No hay, entonces, salario.
- b) Reintegro de gastos. Cuando el empleador devuelve al trabajador el importe de un gasto efectuado por éste y que no estaba a su cargo, no hay un rédito o ganancia sino la simple compensación o devolución de lo gastado por cuenta de aquél. Tampoco hay salario.
- c) Pagos a título extralaboral. Igualmente, las prestaciones del empleador en relaciones (jurídicas o no) distintas de la relación de trabajo, no retribuyen el trabajo subordinado ni son, por lo tanto, contraprestaciones de él. Quedan fuera, entonces, de la noción de salario.

d) Contribuciones patronales a la seguridad social. El trabajador no es el acreedor directo de las contribuciones que el empleador aporta a la seguridad social, sino el ente correspondiente de ésta. Tampoco están esas contribuciones destinadas a retribuir el trabajo subordinado, sino a cubrir las llamadas “contingencias sociales”. No tienen, por lo tanto, carácter salarial, aunque sí tengan en común con el salario la finalidad de subsistencia, razón por la cual a veces se habla, respecto de ellas, de “salario indirecto” o “social”. Las tales contribuciones son dadas en el ámbito de una relación propia del derecho de la seguridad social y no en el de una relación individual de trabajo.

11. *Haberes de licencias pagas*

A veces, la ley (el convenio colectivo o, incluso, el acuerdo de partes) pone a cargo del empleador la retribución de periodos en los cuales el trabajador está exento del cumplimiento de la prestación del trabajo subordinado (periodos de enfermedad, vacaciones, pago por días festivos o en ciertas circunstancias personales o familiares). Pareciera, entonces, que los haberes correspondientes a esos casos no fueran salariales, porque no tendrían el carácter de contraprestación del trabajo subordinado. Krotoschin ha observado que lo más exacto parece ser “definir la remuneración como la contraprestación del patrono que éste debe no sólo por los servicios prestados, sino, en general, por el hecho de que el trabajador se pone a su disposición (por regla general enteramente), se somete y se subordina el plan y a la organización del trabajo de un ajeno, basando su existencia en ello”. Esto significa que el salario, como cobertura de las necesidades de subsistencia del trabajador, retribuye, por así decir, la posición de la capacidad de trabajo del trabajador (fuente de su subsistencia) a disposición del empleador, manteniéndoselo en diversas situaciones vitales (de descanso, hebdomadario o anual, de enfermedad y otras); lo cual constituye una manifestación del principio de inseparabilidad de la persona y su trabajo.

Dersch también considera que el principio según el cual el salario no es debido por el empleador cuando el trabajo no se presta “se halla contrariado en virtud de disposiciones legales especiales, que a su vez someten la obligación de remuneración a la acción de aquella idea fundamental que es decisiva en el concepto moderno de relación de trabajo y que consiste en el deber de previsión del empleador y corresponde al principio protectorio del derecho social”.

Obviamente, en la medida en que los haberes correspondientes a licencias del trabajador sean asumidos por la seguridad social, no cabría considerarlos una prestación salarial por no tener su fundamento en la relación de trabajo sino en una relación del derecho de la seguridad social.

12. *Cómo se gana el salario*

En los contratos con prestaciones recíprocas —comúnmente llamados sinalagmáticos— Messineo, diferencia la “causa del contrato” (de la asunción de la obligación) y lo que llama “causa de la obligación” (de la exigibilidad del cumplimiento de la prestación exigida por la contraparte como obligatoria), que es el cumplimiento de la propia obligación.

En la relación individual de trabajo, la “causa de la obligación” del empleador de remunerar al trabajador es el cumplimiento de la obligación de trabajar por éste: sólo se puede exigir el pago del salario cumpliendo la obligación de trabajar.

¿Cómo cumple el trabajador su obligación laboral? No exclusivamente ejecutando el trabajo sino, esencialmente, poniéndose a disposición del empleador para cumplir el trabajo prometido. Si el trabajador hace esto, no incurre, obviamente, en mora del deudor (*mora debendi*), aunque el empleador no reciba o impida el efectivo cumplimiento del trabajo; en este último caso, es el empleador quien incurre en mora (mora del acreedor —*mora accipiendi*—).

Como explica Deveali,

el contrato de trabajo es sin duda un contrato sinalagmático, pero este carácter no debe entenderse en el sentido que tiene en cuanto al contrato de suministro de energía eléctrica, en el cual el precio debido está proporcionado a las cantidades indicadas en el medidor. El salario es la remuneración correspondiente al hecho de poner el trabajador sus energías a disposición del empleador; si el patrón no utiliza dichas energías, porque no puede o no quiere hacerlo, no por esto es exonerado de la obligación de abonar el salario.

El principio según el cual el trabajador adquiere el derecho a exigir el salario con sólo poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador tiene dos excepciones posibles.

- a) Los casos en que el empleador tiene reconocido, en el ordenamiento normativo, el poder de suspender por ciertas causas (económicas o disciplinarias) la ejecución de las obligaciones recíprocas (laboral o remuneratoria) de la relación de trabajo.

- b) Los casos en que, también según el ordenamiento normativo, el trabajador tiene derecho a la remuneración sin ponerse a disposición del empleador para trabajar (licencias remuneradas).

13. *Cuándo se deja de ganar la remuneración*

El principio respecto a la pérdida de la remuneración por el trabajador es el de que éste no tiene derecho a ella cuando no se ha puesto a disposición del empleador para trabajar. Este principio tiene la excepción ya examinada precedentemente de las licencias remuneradas.

El principio se aplica incluso cuando ese sustraerse del trabajador al cumplimiento de la obligación de trabajar (no cumplimiento) no constituye un incumplimiento de la obligación de trabajar, como es el caso del incumplimiento por participación en una huelga lícita. La huelga lícita es “causa de justificación” del incumplimiento de la obligación de trabajar y, como “causa de justificación” excluye la ilicitud (contractual) del incumplimiento del trabajo. En ella no hay incumplimiento.

Se discute si la no recepción del trabajo, por imposibilidad del empleador para recibirlo (inexistencia de mora del acreedor *mora accipiendi*) libera a aquél del deber de remunerar. En términos más generales, la doctrina civil discute si la fuerza mayor (imposibilidad de recibir) excluye la mora del acreedor (Busso). Algunos lo niegan, sosteniendo, como principio, que no hay responsabilidad sin culpa; en cambio quienes admiten, aun en ese caso, la mora del acreedor sostienen que el impedimento para recibir es un riesgo —no una cuestión de culpa e incumplimiento— y que “es principio inmanente de derecho patrimonial que quien tiene la ventaja de una situación o derecho, tiene también sus riesgos (*cujus conmoda ejus et incomoda*)” (Busso) y concluyen que el acreedor no puede invocar sus propias dificultades para prolongar y agravar, en razón de ellas, la obligación del deudor; no puede por esa circunstancia exigir al deudor más de lo que el deudor debe. Si se admite que en el supuesto examinado hay igualmente mora del acreedor esa mora “opera la transmisión de los riesgos de la prestación” (Busso).

El derecho del trabajo suele mantener, en alguna medida más o menos limitada, el derecho del trabajador a la remuneración en caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación laboral por parte de éste (licencia remunerada por enfermedad o accidente). De modo que si, en tales casos, pasa por alto la mora del trabajador, parece que no hay motivo para eximir —por razones semejantes— al empleador de incidencia en él del riesgo originado por su propia imposibilidad de recibir el trabajo, salvo en la medida en que el

ordenamiento normativo le permita invocar esa imposibilidad como causa justificada de suspensión del trabajo (suspensión unilateral por causas económicas).

14. *El salario en caso de nulidad del contrato de trabajo*

Tampoco pierde el trabajador el derecho a la retribución del trabajo cumplido en los casos de nulidad del contrato de trabajo que no estén determinados por la contrariedad del mismo contrato respecto a la moral y a las buenas costumbres.

En materia de nulidad de contratos el principio es que “la sentencia que verifica la nulidad es declarativa: verifica la nulidad que ha existido siempre; el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido efecto jamás” (León, H. y J. Mazeau). Por ello, pronunciada la nulidad, “en toda la medida de lo posible debe reponerse a las partes en el estado en que se encontraban antes del contrato. Se exigirá, pues, que cada uno restituya al otro lo que haya recibido” (Mazeau). Se habla, entonces, de nulidad *ex tunc*.

Si la restitución es imposible habrá que dar por cumplida la prestación no restituible, de modo que, respecto de esa prestación, la nulidad se producirá desde el momento de su declaración (*ex nunc*, desde ahora). Como esto es lo que sucede con el trabajo ya prestado por el trabajador, respecto de él no rige la regla de la retroactividad de la declaración de nulidad.

Como conclusión puede establecerse que el trabajador no gana el salario si se pone a disposición para trabajar, aunque el incumplimiento del trabajo, como en el caso de la huelga no ilícita, no implica incumplimiento. En ese supuesto y en caso de demanda, el empleador puede oponer la defensa de incumplimiento, llamada excepción de “toma y daca”, total (*exceptio inadimpleti contractus*) o parcial (*exceptio non rite adimpleti contractus*), salvo en los casos en que el ordenamiento normativo pone a cargo del empleador el pago del salario aun sin cumplimiento del trabajo (licencias remuneradas). Y salvo, también, el caso en que es el trabajador quien opone la defensa de no cumplimiento (*exceptio indamiplenti contractus o non rite adimpleti contractus*) por el incumplimiento del empleador de su propia obligación remuneratoria, por ejemplo, “reteniendo” la prestación laboral. En los contratos con prestaciones recíprocas el que no cumple no puede exigir el cumplimiento a la otra parte (*inadimplenti non est adimplendum*). Regularmente, el incumplimiento del empleador corresponderá a un lapso anterior a la retención, por el trabajador, de su propio cumplimiento, porque una regla tradicional, admitida en los ordenamientos normativos, sólo hace exigible la obligación remunerativa después

de la prestación del trabajo (pagos *postnumeranda*). En algunos ordenamientos, como el italiano (artículo 1460 del Código Civil italiano), se exige la simultaneidad de las prestaciones. Pero en otros no. Krotoschin señala que, en el ordenamiento argentino no existe esa exigencia de simultaneidad (citado por Justo López) y agrega que

en el contrato de trabajo, la lealtad mutua y el deber de previsión predominan a tal punto que el incumplimiento de la obligación del empleador de pagar la remuneración, cuando adquiere cierta gravedad, puede muy bien justificar la negativa del trabajador aun cuando esta negativa se refiere a un periodo que no corresponde a la mora del empleador sino con respecto al cual la obligación de pago no es exigible.

Incluso hay lugar a considerar más grave “no cumplir” un pago anterior pretendiendo que se cumpla el trabajo posterior al ya no pagado que pretender que se cumpla una obligación estrictamente simultánea sin cumplir la propia (Justo López). Por otra parte, “el contratante que se manifestara dispuesto a percibir, pero no a cumplir la contraprestación a su cargo incurriría a la vez en *mora accipiendi* y en *mora debendi* (Busso) y quedarían a su cargo “los riesgos de las dos prestaciones que se han de intercambiar” (Busso). La *mora accipiendi* se justifica por aquella mayor gravedad del incumplimiento respecto a un lapso anterior, especialmente en el ámbito de la relación de trabajo y por los elementos alimentarios que incluye el salario.

II. LOS TIPOS DE SALARIO

1. *Importancia*

Habiendo ya estudiado el salario en general y sin referencia particular a sus distintos tipos o especies conviene examinar algunos de éstos, de uso común, porque cada uno de ellos suele plantear problemas propios.

2. *Salario monetario y no monetario, “en especie”*

Busso ha observado la importancia que tienen, entre las obligaciones de dar, las de dar sumas de dinero, ya que éste, por un lado mide el valor de todos los otros bienes y, por otro, es instrumento de cambio con un poder liberatorio legal.

En lo que se refiere al salario monetario reviste especial importancia la libertad de uso del rédito (ganancia, ingreso) salarial por parte del trabajador,

precisamente porque el dinero mide el valor de todas las cosas y es universal instrumento de cambio. Con relación al aspecto alimentario del salario, el monetario es el que asegura libertad de elegir los consumos por parte del trabajador, gastándolo en aquellos que más le interesan o convienen.

En cuanto al salario que se suele llamar “en especie”, es conveniente definirlo lisa y llanamente como “al no monetario”, es decir, el rédito o ingreso que el trabajador no recibe en dinero. Por eso, puede consistir en el objeto de una obligación de dar (pero no de dar sumas de dinero), e incluso, al menos en algunos casos especiales, en el objeto de obligaciones de hacer y de no hacer.

Uno de esos casos especiales es el de las propinas, cuyo enfoque como salario plantea lo que parece una cuestión difícil de resolver. En efecto, la propina, aunque consista en una suma de dinero, no es el objeto de una obligación de dar esa suma del empleador. Quien da la suma de dinero es una persona diferente al empleador; un tercero, con referencia a la relación de trabajo, un cliente. De modo que el deber del empleador no es el de dar la suma de dinero que recibe el trabajador sino el objeto de una obligación de hacer, en el sentido de hacer posible la entrega de la propina por el tercero (procurar, por lo tanto, con su establecimiento, una “ocasión de ganancia”) y también el objeto de una obligación de no hacer, consistente en no impedirle al trabajador la percepción de su propina. Sin embargo, con esta aclaración, la propina —al menos si se da en dinero— respeta, en la misma medida que el salario en dinero, la libertad de uso del ingreso laboral, por parte del trabajador.

No sucede lo mismo, en cambio, con aquellas remuneraciones “en especie” que consisten por ejemplo en un dar no monetario (el trabajador para convertir lo recibido en dinero tendría que encarar, por ejemplo, una compraventa).

Esto plantea la cuestión de si sería admisible la validez de un salario totalmente “en especie” y que no procurare un ingreso monetario —al revés de la propina que el trabajador recauda en dinero—.

En principio, y en épocas de normalidad monetaria (inflación inexistente o reducida), debe decirse que un salario exclusivamente no monetario e incluso principalmente no monetario sería inadmisibles; cuestión ésta analizable a la luz de la justicia del salario, “pues no cabría admitir la justicia de un tipo de salario que permitiera al empleador quitarle totalmente al trabajador la libertad de elegir sus consumos” (Justo López) o a obligarlo a vender cosas (con riesgo de reducción del valor de las mismas) para procurarse otras que necesite o prefiera. Una cláusula contractual que estableciera ese modo de remunera-

ción debería considerarse violatoria de la regla moral (“buenas costumbres”) e incluso, tal vez, de la prohibición de la servidumbre.

Sin embargo, en épocas de alta inflación, el salario que no constituye un ingreso monetario del trabajador, defiende mejor que el monetario su valor real, al no evaporarse por la inflación. Entonces podría admitirse, cuando se da esa circunstancia, un mayor nivel de ese tipo de salario.

De modo que la cuestión es susceptible de ser resuelta de diversas maneras, según las circunstancias, especialmente la caída inflacionaria de la moneda.

3. Las unidades de cómputo del salario

La unidad que se toma como medida para el cómputo del salario, diferencia varias especies de éste.

Básicamente, esas distintas unidades de cómputo son de dos géneros: unidades de tiempo o unidades de resultado.

Las unidades de tiempo más usuales son la hora, el día, la semana, la quincena y el mes.

Unidades de resultado pueden ser el número de piezas producidas, u otras cantidades (por ejemplo de extensión, tantos metros; de volumen; de peso, tantos kilos, etcétera), el valor de una operación (usado para las comisiones), el ingreso bruto de un establecimiento, el producido por un empleado, las ganancias de una empresa, el importe de otras remuneraciones (por ejemplo, para el aguinaldo).

El resultado de que pueda tratarse no requiere que sea efecto directo del trabajador, cuyo salario se computa por él. No hay que confundir, sin más, la remuneración por resultado con el “incentivo”, aunque comúnmente las dos cosas suelen ir juntas, al menos en alguna medida. Pero puede el resultado, como “incentivo”, resultar más o menos indirecto, como aparece manifiesto en la participación en las ganancias de una empresa o un establecimiento.

En principio pueden aplicarse esas unidades de cómputo al salario “en especie” (un kilo de carne por día, en un frigorífico o una carnicería), pero en este tipo de salario tienen menor importancia, por dos razones:

- a) porque las prestaciones propias del salario “en especie” no son nunca tan fácilmente fraccionables como el salario en moneda, lo que significa que este último es mucho más fácilmente mensurable;
- b) porque hay un gran predominio del salario monetario respecto al no monetario.

4. *El salario por tiempo*

Es el que se computa según una unidad de tiempo (hora, día, semana, quincena, mes). No hay que confundir esa unidad de cómputo con una unidad de adquisición del derecho al salario, por un lado, ni con el plazo de vencimiento del salario, por otro. La adquisición del derecho al salario se hace en proporción al tiempo trabajado, por ejemplo, si la unidad de cómputo es el mes, el salario se va ganando con cada día, cada hora, cada minuto trabajado y en proporción a la unidad de cómputo. En cuanto al plazo, puede coincidir o no con el tiempo de la unidad de cómputo; así, por ejemplo, si esa unidad es la hora, ello no significa que el salario sea exigible cada hora.

Hay dos tipos de salario por tiempo: *a)* el jornal, que se computa por hora o por día, y *b)* el sueldo que se computa por lapsos superiores al día (semana, quincena, mes), de los cuales el más usual es el mes.

Esa diferencia tiene que ver, principalmente, con el tratamiento de los tiempos no trabajados. El jornal no cubre los días no trabajados, de modo que esos días (o los lapsos inferiores a un día), y los días inhábiles (por ejemplo, días de descanso semanal y días festivos) no se pagan (salvo, por ejemplo, que el ordenamiento normativo imponga el pago de los días festivos no trabajados, los que en el ordenamiento argentino se llaman “feriados nacionales”).

En cambio en el sueldo, lo que se paga son los días comprendidos en la unidad de cómputo (por ejemplo, un mes). De modo que si el sueldo es mensual no varía porque haya meses de 30, 31 y 28 o 29 días. Los lapsos no trabajados dentro del correspondiente a la unidad de cómputo (horas o días, incluso fracciones de hora), se descuentan del monto correspondiente a aquella unidad (por ejemplo, cinco días no trabajados en un mes). A veces se entiende que la remuneración mensual corresponde, no a todos los días de un mes determinado, sino a una cantidad de días, uniforme, por mes (24 o 25) en que se estima el número de días laborables en el mes, descontando los días de descanso hebdomadario —si éste comprende el sábado por la tarde— y los feriados.

Al salario por tiempo se le atribuyen, como principales ventajas, la sencillez de su liquidación y la seguridad en cuanto a su monto (para el trabajador).

Sus desventajas consisten en el hecho de que este modo de remuneración no estimule al trabajador a mejorar su rendimiento, más allá del nivel medio o contractualmente convenido en forma expresa o tácita, y también que no recompensa (al igualar las retribuciones) al trabajador más capaz, que pone una diligencia superior a la media exigible contractualmente, y además limita la posibilidad de ganancia del trabajador a un monto invariable.

5. *El salario “a destajo”*

Lo característico del salario “a destajo” es que se trata de un salario por resultado puro que, a su vez, mide con exactitud el “rendimiento” del trabajador y lo estimula a trabajar lo más intensamente que pueda. Tiene la grave dificultad de que esa estimulación puede llevar al trabajador a excederse en el esfuerzo de modo inconveniente para su salud y su calidad de vida.

El resultado que sirve de unidad de cómputo es, en sí mismo, una unidad de rendimiento; tantas unidades de un producto, tal cantidad de metros, de kilos, de litros, etcétera. Como ventajas se mencionan que es el típico salario de incentivo (estimula la productividad) y se proporciona directamente al aporte del trabajador a la producción, y premia al trabajador diligente y capaz.

En este tipo de salario sólo se computa lo efectivamente trabajado y, por lo tanto, depende directamente de que el empleador dé la ocupación y de la medida en que la da, a diferencia del salario por tiempo, que se computa uniformemente y con sólo estar el trabajador “a disposición” del empleador para trabajar; no varía con la variación del trabajo dado.

Sin embargo, eso no significa que el empleador pueda reducir arbitrariamente lo que se llama la “dación de trabajo”. Así como el tiempo de suspensión por el empleador requiere una justificación (suspensión por causas económicas), igualmente la reducción de la “dación del trabajo” arbitraria, responsabiliza al empleador por la reducción arbitraria de la remuneración del trabajador. La llamada reducción de la “dación del trabajo” debe considerarse equivalente a una suspensión, de modo que el trabajador, por no ser justificada, pueda reclamar que se le pague la remuneración que normalmente podría haber ganado.

6. *Salario con prima o premio*

El salario “con prima o premio” supone la existencia de dos tramos remuneratorios: una remuneración “básica”, y otro tramo que es la “prima” o “premio” que viene a agregarse cuando el rendimiento básico es superado. No hay que creer que el básico corresponde necesariamente al deber de rendimiento estrictamente exigible; no hay que confundir el modo de cómputo de la remuneración con el rendimiento contractualmente exigible.

La prima o premio puede ser dispuesta de tal modo que su importe disminuya en proporción menor al aumento de rendimiento; esto con el objeto de evitar el peligro que el salario por rendimiento puro (“a destajo”) puede traerle al trabajador. Pero también puede establecerse una prima o premio que au-

mente en proporción superior al rendimiento, lo cual agrava el peligro del destajo. También puede convenirse una prima que varía a diferentes niveles de rendimiento (por ejemplo, que a partir de cierto rendimiento disminuye, lo cual permite graduar el incentivo para el trabajador).

Sin perjuicio de ello, especialmente en aquellos trabajos que no toleran un sistema directo de incentivo —porque no es posible o es muy difícil medir el rendimiento (trabajos que comprenden actividades muy diversas, trabajos de tipo intelectual)— se pueden establecer primas de distinto tipo (que, por otra parte, también puedan agregarse a los premios por mayor rendimiento directo): primas a la reducción del costo del producto (a las economías) —por ejemplo premios por ahorro de materiales o por aprovechamiento de desperdicios— o también premios a la asiduidad, a la puntualidad, al mérito, a la obtención de nuevos clientes. En estos casos el incentivo a la producción es más bien indirecto.

Finalmente, el premio o prima puede ser colectivo, es decir, computado en relación al rendimiento de un conjunto o grupo de trabajadores. Es el único posible si se trata de trabajos que sólo pueden realizarse en conjunto por una pluralidad de trabajadores. Puede adoptarse en cualquiera de los sistemas de prima o premio por rendimiento directo, aunque suele ser frecuente la adopción de un “destajo colectivo”. El cómputo del premio colectivo se hace en forma global y requiere una fórmula de distribución entre los trabajadores individuales.

7. Comisión

La comisión es la retribución que se computa en relación a un negocio (por ejemplo comisión sobre ventas) o a la ejecución (en el sentido de pago de un negocio), cuando se trata de la comisión por cobranzas. Puede establecerse en una cantidad fija por cada operación o en un porcentaje sobre el valor de la misma o sobre lo que se cobra (ésta también en la comisión por cobranza).

Cuando se trata de la comisión relativa a un negocio, no se requiere, para ganarla, que el empleador obtenga un beneficio por ese negocio, pues lo que remunera, en ese caso (al menos cuando el trabajador intervino personalmente en la negociación), es esa intervención. Tampoco es indispensable, sin embargo, que el trabajador haya intervenido personalmente en la negociación, pues es factible establecerla respecto a quienes no tuvieron esa intervención personal, como puede ser el caso de reconocimiento de comisiones o gerentes, jefes, promotores o inspectores de ventas, en relación a operaciones efectuadas por vendedores respecto de los cuales aquellos son superiores jerárquicos.

También, siempre respecto a las comisiones sobre negocios, tampoco es indispensable que el empleador obtenga la ejecución (pago) del negocio, al menos respecto de quienes han intervenido personalmente en la negociación: el vendedor, como tal, no garantiza el buen fin (pago al empleador) del negocio, su tarea consiste en intervenir en la concertación del negocio. Incluso, si, por ejemplo, un vendedor realiza su trabajo al obtener el pedido del cliente, aunque el empleador no acepte ese pedido, tiene derecho a la comisión, si el rechazo no tuvo causa justificada (por ejemplo porque el vendedor no se atuvo a las condiciones o instrucciones de venta que le fueron dadas).

Ello, sin perjuicio de que en algunos casos la ejecución y la concertación del negocio coincidan como ocurre en el caso de venta al contado con pago inmediato.

Pero la facultad del empleador de rechazar un pedido obtenido sin atenerse a sus instrucciones, no puede ser ejercida arbitrariamente pues, de ser válido el rechazo arbitrario, el derecho a comisión del empleado vendría a quedar sujeto a una condición puramente “potestativa”, que, según el derecho común, carecería de efecto; pero el servicio correspondiente al trabajador remunerado a comisión habría sido prestado y debería ser remunerado. Al empleador le es exigible dar instrucciones claras y precisas y, dentro de lo previsto en ellas, usar razonablemente su poder de rechazo de la operación. Desde esta perspectiva, ni la imposibilidad de la ejecución (cobro) del negocio por “fuerza mayor” privaría al empleado de su comisión: el empleado no es parte del negocio y sólo le compete intervenir en la negociación.

Cuando la comisión se da por la intervención personal en el negocio aparece como una remuneración que se aproxima a la remuneración “por rendimiento”, pues en alguna medida depende de la actividad y capacidad del empleado; sin embargo no se trata, como por ejemplo en el caso del “destajo”, de una remuneración por rendimiento puro, ya que también la condicionan circunstancias ajenas a la actividad del empleado (como la situación del mercado y la voluntad del otro sujeto —cliente— del negocio).

En el caso de operaciones con pago inmediato, la comisión puede ser proporcional al ingreso bruto resultante de la operación. Ahí puede hablarse de “comisión sobre los ingresos brutos del empleador”. Esa comisión puede ser colectiva, lo cual requiere una fórmula de distribución individual.

8. Las gratificaciones

Según Luis José de Mesquita, el término “gratificación” significa, etimológicamente “demostración de agradecimiento, de reconocimiento”. Esto im-

plica, naturalmente, un acto espontáneo, no obligatorio. En derecho del trabajo el término se usa para significar un pago de los empleadores, a sus empleados y a título de tales, es decir, en razón de su trabajo subordinado.

Originariamente se trata de un pago espontáneo, es decir, hecho por iniciativa unilateral del empleador, al margen del salario jurídicamente exigible y también de los plazos de vencimiento de ese salario jurídicamente exigible.

Deveali ha explicado que el carácter oneroso de la relación de trabajo “se refiere no exclusivamente al trabajador, sino también del empleador” y que “como se excluye el carácter gratuito en cuanto a todas las prestaciones del trabajador, por igual razón corresponde excluir tal carácter en cuanto a todos los pagos efectuados por el empleador”. Y así como se considera que todas las prestaciones que el trabajador realiza, las efectúa con el fin de conseguir una retribución, análogamente debe entenderse que todas las cantidades que el principal abona o se compromete a abonar, tienen su causa en la prestación —presente o futura— del trabajo y significan una retribución del mismo. Lo cual no quita que se pueda demostrar que tal pago tenga como causa no la prestación del trabajo, sino en otro título, oneroso o gratuito, es decir, se funde en relaciones de carácter personal o contractual independientes de la de trabajo.

¿Puede un pago de iniciativa unilateral del empleador —y por tanto, en principio, no obligatorio contractualmente para él—, llegar a convertirse en obligatorio?

Mesquita (citado anteriormente) señala que hay autores (menciona a Barassi y a Durand y Vittu) que sostienen que la repetición de un pago (en el caso: una gratificación) no cambia su naturaleza ni, por lo tanto, lo convierte en contractualmente exigible. A esta concepción de la gratificación la llama “subjetivista”.

Pero, sigue explicando Mesquita, hay otra corriente, ahora dominante, que llama “objetivista” y para la cual la reiteración regular del pago gratificatorio termina por convertirlo en obligatorio para el futuro.

Para esta corriente, esa reiteración o habitualidad se convierte, entonces, en una manifestación tácita de voluntad negocial, o para decirlo con expresiones de Betti, en el establecimiento de una regla o precepto contractual, no por “declaración” sino por un “comportamiento” o conducta concluyente.

Un determinado modo de comportarse, dice Betti, aun no estando encaminado a dar noticia de un dado contenido preceptivo a los que interesa, puede sin embargo adquirir, en el ambiente social en que se produce, significado y valor de una declaración, en cuanto manifiesta, según la experiencia común, una cierta

toma de posición respecto de algunos intereses que afectan la esfera jurídica ajena.

Por otra parte, una manifestación expresa en sentido contrario, quitaría aquel significado preceptivo al comportamiento habitual del empleador, al menos en principio y salvo que la manifestación de no obligarse para el futuro pueda ser valorada como no sería, pues de ese modo quedaría sin fundamento aquella exigibilidad futura.

9. *El “aguinaldo”*

El “aguinaldo” es originariamente una gratificación natalicia o de fin de año. Como cualquier otra gratificación es susceptible de convertirse en obligatoria para el futuro, por su “habitualidad”. En algún país ha sido convertido por un precepto legal en obligatorio (como por ejemplo, un décimo tercer mes de remuneración). En este caso la obligatoriedad no deriva de un precepto o norma de autonomía privada sino, directamente y en todos los casos, de un precepto legal.

10. *Participación en las utilidades*

La participación en las ganancias es un tipo de remuneración que se computa a partir de un resultado específico: la existencia de ganancias del empleador. Según esto, sólo puede ser adoptada en empresas lucrativas; es incompatible, por ejemplo, con la relación de empleo doméstico.

Esta participación del trabajador en las ganancias del empleador se diferencia claramente de la ganancia del socio en una sociedad lucrativa. La primera se debe como retribución del trabajo subordinado; la segunda como integrante de la sociedad lucrativa y según el estatuto o contrato de esta sociedad.

En definitiva, la participación en las ganancias es un modo de computar una parte de la remuneración del trabajador; se dice una parte porque esa participación es totalmente aleatoria (sólo es posible si hay ganancias) y, según ya quedó explicado, no es admisible que la remuneración del trabajador sea totalmente aleatoria.

Puede ser originada por un acto unilateral del empleador o impuesta a él como obligatoria, ya sea por acuerdo de partes, ya por disposición de la ley.

Pero la división principal de este tipo de remuneración es en individual o colectiva.

La individual, frecuentemente llamada “habilitación”, está inserta como una cláusula o un conjunto de cláusulas en el contrato individual del trabajo.

La colectiva —contemplada en varias constituciones de países iberoamericanos como objeto de legislación— puede ser impuesta por un acuerdo colectivo entre los trabajadores (participación “voluntaria”) o ser “obligatoria”, por ley, para el conjunto de los trabajadores de empresas lucrativas. Es una remuneración colectiva que, como tal, puede ser destinada a fines colectivos o a su reparto entre los trabajadores individuales. Lo cual requiere una fórmula de reparto individual. La participación colectiva suele ser llamada “social”, si por ella se procura un acercamiento de trabajadores y empleadores, y un mejoramiento de la condición social de aquéllos.

La participación plantea una serie de problemas que deben ser resueltos, ya expresamente en el acuerdo de partes, ya por interpretación de lo que las partes hayan acordado individual o colectivamente (y en caso de imposición por hoy, deben estar contemplados en el acto legislativo):

- a) definición de la ganancia;
- b) modo de determinación del beneficio (por ejemplo, mediante el “balance impositivo”);
- c) determinación del capital invertido si se admite la deducción del interés sobre él;
- d) determinación del porcentaje;
- e) Régimen de participación individual (si el importe no se destina a fines colectivos);
- f) forma del pago (individual o colectivo; de una sola vez o más o menos diferido).

11. *Viáticos*

El viático, en el sentido más propio de la expresión, no es una modalidad del salario, porque en principio, no consiste en un ingreso o ganancia del trabajador, sino en un reintegro de gastos que corresponden al empleador.

Sin embargo, en un sentido menos propio, se habla del viático como remuneración cuando se da alguna de estas circunstancias:

- a) Cuando, un rubro, al que se le da ese nombre, no corresponde realmente a un reintegro de gastos o su importe excede al gasto (es decir, hay una parte de él que no es reintegro); esto suele hacerse para evadir cargas

sociales al disimular que una ganancia o ingreso del trabajador sea salario;

- b) Cuando los gastos que cubre —regularmente y no sólo en alguna circunstancia excepcional— corresponden a rubros que, como gastos de comida o habitación, tienen, en consecuencia, un significado equivalente a un salario “es especie” (alimentos o habitación, por ejemplo).

III. PROTECCIÓN DEL SALARIO

1. *Protección de la satisfacción*

“El derecho del trabajo, dice Mario de la Cueva, existe para asegurar a los trabajadores la percepción real de los salarios y no la simple declaración de que percibirán determinados salarios”.

El derecho del trabajo organiza una múltiple protección para asegurar que el trabajador perciba efectivamente los salarios que se han devengado a su favor, es decir, que ha ganado.

Esa intensa protección de la satisfacción (pago efectivo) del salario tiene dos fundamentos básicos: el carácter alimentario del salario y la relevancia social que tiene como ingreso del sector más numeroso de la población (García de Haro).

Se habla de múltiple protección porque ésta comprende:

- a) La protección frente al empleador;
- b) La protección frente a los acreedores del trabajador;
- c) La protección a los acreedores del empleador;
- d) El sistema solidariamente organizado de “garantía de los créditos laborales”, en los países en los que se ha organizado tal sistema.

2. *Protección frente al empleador*

a. Esta protección se da principalmente para que el trabajador tenga asegurado el pago y el pago íntegro del salario por su deudor, a cubierto de cualquier acto del propio trabajador, o del empleador que puedan significar el no cobro o el cobro no íntegro y oportuno del crédito salarial.

b. La legislación suele determinar el pago al trabajador en persona (prohibición de la cesión del crédito salarial), salvo imposibilidad; el pago en la oportunidad conveniente (periodización de los pagos y determinación del plazo de pago de cada periodo) e incluso el lugar y horas de pago; la mora automática al vencimiento del crédito.

c. Pero más importante todavía que eso, la legislación prohíbe los descuentos, reducciones y compensaciones de los salarios devengados y también el pago mediante “vales” destinados a ser usados en la adquisición de bienes o servicios proveídos exclusivamente por el empleador (*truck system*).

No se pueden efectuar descuentos del salario devengado, salvo que la ley los autorice (como por ejemplo las retenciones que deba hacer el empleador para el pago de impuestos a cargo del trabajador, o para aportes del trabajador a la seguridad social u otras que, por circunstancias justificadas, puede la ley admitir).

Tampoco se puede compensar el crédito de salarios con créditos que el empleador tenga contra el trabajador. No es aplicable la compensación llamada “automática” (legal), ni es válida la compensación convencional (por acuerdo de parte, cuando falta algún requisito propio de la legal). La compensación judicial o “reconvencional” sólo es admisible dentro de los límites que la ley fije para la embargabilidad del salario, salvo cuando se trata de daños ocasionados ilícita e intencionalmente por el trabajador, respecto de los cuales la ley puede admitir la retención condicionándola especialmente (por ejemplo la suma retenida debe depositarse judicialmente a lo que resulte del juicio por daños y perjuicios).

d. No es válida la renuncia total o parcial, por parte del trabajador, al cobro de los salarios devengados (remisión de la deuda). Aunque la ley no lo diga expresamente, la prohibición de la renuncia va implícita en la de descontar, retener o compensar suma alguna sobre el salario devengado.

3. *Protección frente a los acreedores del trabajador*

Que la ley proteja especialmente al crédito salarial significa que no lo equipara a cualquier otro crédito, sino que, por el contrario, lo hace prevalecer sobre los créditos de los acreedores del trabajador, al prohibir (*rectius*: limitando) el embargo del salario, ya sea absolutamente (hasta cierto nivel salarial), ya sea parcialmente, es decir, al admitir que el salario sea embargable solamente en un determinado porcentaje.

4. *Protección contra los acreedores del empleador*

Esta protección rige en el caso de concurso del empleador. En tal supuesto, como el conjunto de los acreedores puede ejecutar colectivamente y repartirse el resultado de esa ejecución, el pago del crédito salarial podría resultar in-

completo, tanto en la hipótesis de una distribución igualitaria como en la de existencia de otros créditos privilegiados.

Para excluir —o eventualmente limitar— esa reducción, la legislación organiza un sistema de privilegios para el salario, ya generales, ya especiales, y así también, al menos en cierta medida, se hace prevalecer el crédito por salarios contra el empleador, respecto a los créditos de otros acreedores.

5. *El fondo de garantía*

En diversos países se ha reglamentado legalmente el “fondo de garantía de créditos laborales”, constituido de contribuciones impuestas a los empleadores.

El objeto del fondo es el pago (por lo menos hasta cierto límite relacionado con la financiación del sistema) de los créditos laborales, en la forma más rápida posible cuando hay imposibilidad de pago por el empleador, declarada judicialmente.

En caso de concurso la declaración la hace el juez del concurso; si no hay concurso, la declaración la hace el juez con competencia laboral que interviene en la acción promovida por el trabajador para cobrar sus créditos, si hay cosa juzgada material sobre la exigibilidad de los mismos, liquidación judicial firme de los respectivos importes, intimación de pago sin resultado, fracaso del embargo ejecutivo y declaración jurada del acreedor en cuanto a su desconocimiento de que existan otros bienes sobre los cuales efectuar la ejecución. Esos requisitos son concurrentes. El trámite de la garantía se hace con intervención del organismo que administra el “fondo”.

6. *Límites a la protección: prescripción y caducidad*

La protección del pago del salario no es absoluta: por de pronto, puede haber, como quedó explicado, un porcentaje de embargabilidad; además, los privilegios no excluyen necesariamente la existencia de algún otro privilegio de rango superior, y la garantía dada por el fondo puede tener un límite. Pero aparte de todo esto el vencimiento del plazo de prescripción impuesto por el ordenamiento constituye un límite general.

En algunos ordenamientos puede haber un límite en la caducidad de la acción, por un plazo o sin él. Algún ordenamiento autoriza a hacer reclamaciones contra actos del empleador hasta después de la extinción del vínculo laboral, pero siempre que la reclamación se efectúe dentro de un plazo (que, por lo tanto, es de caducidad). En el derecho alemán se admite la *Verwirkung* (semejante al *stoppel* del derecho anglosajón), Boehmer, Puig Brutau.

La *Verwirkung* de la jurisprudencia alemana reúne tres ideas: la del retraso en el ejercicio del derecho, la de una conducta contradictoria (*venire contra factum proprium*) y la de infracción contra la buena fe (Boehmer). Se trata de la buena fe-confianza, pues, explica Larenz, la caducidad de un derecho ocurre, en general “por su no ejercicio durante largo tiempo cuando a través de esa inacción la otra parte puede llegar a la justa convicción de que su titular no lo utilizará más”. Según Boehmer, es un caso de *ius aequum* (por oposición al *ius strictum*), en el que el valor justicia no se opone al valor seguridad sino que se legitima, a la vez, por la justicia y la seguridad.

En materia laboral se aplica la doctrina de referencia a los casos de “diferencias de salario que se fundan en circunstancias dudosas y de difícil comprobación en sus presupuestos de hecho y de derecho, como la clasificación de los trabajadores de una categoría determinada, la retribución por horas extraordinarias” (Boehmer), pero se la excluye si el trabajador desconoce de manera excusable las pretensiones que podía sustentar y por ello no efectuó ninguna protesta, y también cuando el empleador deja intencionalmente de cumplir su prestación infringiendo el derecho, explota deslealmente el estado de necesidad del trabajador o el trabajador ha callado bajo amenazas de despido (Boehmer).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, lib. V, cap. IV.
- BARASSI, Ludovico, *Tratado de derecho del trabajo*, t. III, trad. Miguel Susini (h), Buenos Aires, 1953.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959.
- BOEHMER, Gustav, *El derecho a través de la jurisprudencia*, trad. y notas José Puig Brutau, Barcelona, 1959.
- BUSSO, Eduardo B., *Código civil anotado*, tt. I, IV y V, Buenos Aires, 1944, 1951 y 1955.
- CUEVA, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, México, 1961.
- DEVEALI, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3a. ed., Buenos Aires, 1956.
- DURAND, P., A. Vittu, *Traité de Droit du Travail*, París, 1950.
- GARCÍA DE HARO, Ramón, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960.
- GOMES, Orlando, *O salario no Direito Brasileiro*, Río de Janeiro, 1947.

- HASKEL, W., y H. Dersch, *Derecho del trabajo*, trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1961.
- HUECK, Alfred, y H. C. Nipperdey, *Compendio de derecho del trabajo*, trad. De la Villa, Madrid, 1963.
- KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, 2a. ed., Buenos Aires, 1962.
- LÓPEZ, Justo, *El salario*, Buenos Aires, 1988.
- LÓPEZ, Justo, Norberto Centeno y J. C. Fernández Madrid, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. I, 2a. ed., Buenos Aires, 1987.
- LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1958 y 1959.
- LEÓN, Henry y Jean Mazeau, *Lecciones de derecho civil*, vol. III, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1960.
- MESQUITA, José Luis de, *Das gratificações no direito do trabalho*, San Pablo, 1957.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. S. Sentís Melendo y M. Volterra, Buenos Aires, 1952.
- RAFFO MAGNASCO, Benito R., *La justicia, comentarios de Santo Tomás de Aquino al libro V de la ética a Nicómaco*, Buenos Aires, 1940.
- SPOTA, Alberto G., “El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil”, *Jurisprudencia Argentina*, 1962-VI, sección doctrinaria.
- VITO, Francesco, *Economía política*, trad. Carlos Humberto Núñez, Madrid, 1961.