

LA DIETA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPREMO Y CENTRAL DE TRABAJO (*)

SUMARIO

I. Concepto y naturaleza jurídica. Distinción de figuras afines: A) Concepto y naturaleza jurídica: 1. Indemnización. Indemnización por gastos; 2. Cantidad asimilada al salario; 3. Reembolso de gastos; 3.1. Naturaleza de los gastos; 3.2. Reembolso. Compensación; 3.3. Derecho de Retención; 4. Naturaleza mixta: Reembolso y salario: 4.1. La cuestión en la doctrina extranjera; 4.2. Recapitulación y consideraciones de Derecho español. B) Distinción de figuras afines: 1. Traslados; 2. Artículo 15, párrafo 2.º, de la Ley de Contrato de Trabajo; 3. Artículo 15, párrafo 3.º de la Ley de Contrato de Trabajo; 4. Pluses de transporte y distancia.—II. Tipología: A) Dieta. Media dieta. B) Cuantía de la dieta. C) Pago: modalidad.—III. Requisitos: A) Para su obtención: 1. Desplazamiento: 1.1. Localización inicial: 1.1.a. Centro de trabajo. Domicilio del trabajador; 1.1.b. Centros de trabajo variables; 1.1.c. Desplazamientos por la naturaleza del trabajo; 1.1.d. El lugar de contratación; 1.2. Localización final: 1.2.a. Distancias; 1.2.b. Legislación aplicable: 1.2.b.1. Concurrencia de convenios colectivos; 1.2.b.2. Ausencia de convenio colectivo en la localización final; 2. Involuntario; 3. Temporal: Remisión. B) Para su disfrute: 1. Concurrencia de los requisitos; 2. Aplicabilidad del principio de respeto a las condiciones más beneficiosas.—IV. Conclusiones.

(*) Tesina, dirigida por el profesor doctor don LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, y calificada con la máxima nota de Sobresaliente.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.
DISTINCION DE FIGURAS AFINES

A) *Concepto y naturaleza jurídica*

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1967 (1), posiblemente la más citada por la jurisprudencia posterior (2), define la dieta como «aquella retribución de carácter irregular que se debe al productor cuando para la prestación de su servicio ha de trasladarse a lugar distinto al del habitual trabajo o de su residencia, como compensación a la mayor dificultad o incomodidad en la tarea o al perjuicio económico que sufra por tener que estar y permanecer fuera de su casa, lo que supone un quebrantamiento en la economía familiar, con independencia de los gastos de traslado y suplidos abonables».

Sin embargo, y a pesar de que la sentencia parcialmente trascrita sea, como hemos indicado y tendremos ocasión de mayor probar, de cita obligada en las decisiones jurisprudenciales posteriores a la misma, lo cierto es que se aprecian disimilitudes entre la doctrina que contiene y la desarrollada por el Tribunal Central de Trabajo, quien, aun apoyándose en ella la matiza restrictivamente desfigurándola en la práctica, como se pondrá de manifiesto en su lugar oportuno.

Y ello es de importancia nada desdeñable si, frente al principio procesal en virtud del cual sólo la doctrina del Tribunal Supremo es doctrina legal (3), oponemos que la cuantía que *suele* alcanzar la reclamación por dietas únicamente abre la vía revisoria de suplicación, en cuanto que difícilmente es superada la cifra de 800.000 pesetas (4), excepción hecha de la concurrencia de otras circunstancias, relativas a la pretensión deducida en la demanda (supuestos del número 1 del artículo 166 de la LPL), o de la calidad de las personas (supuestos de los números 3.º y 4.º de iguales artículo y cuerpo legal).

De cualquier modo, la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, única que define ampliamente la dieta en toda la jurisprudencia desarrollada en el pe-

(1) A/1967, núm. 932.

(2) Así el TCT en sus sentencias de 4-6-71 (J. S. núm. 47, núm. 302/71); 23-9-71 (J. S. núm. 48, núm. 414/71); 16-1-73 (A/1973, núm. 118); 5-2-73 (A/1973, núm. 515); 29-3-73 (A/1973, núm. 1489); 7-4-73 (A/1973, núm. 1647); 5-3-74 (A/1974, núm. 112); 8-5-74 (A/1974, núm. 2188); 30-9-74 (A/1974, núm. 3777); 11-11-74 (A/1974, núm. 4650); 15-11-74 (A/1974, núm. 4751); 21-1-75 (A/1975, núm. 404); 6-5-75 (A/1975, núm. 2249); 24-6-75 (A/1975, núm. 3331); 5-11-75 (A/1975, núm. 4822); 19-12-75 (A/1975, núm. 5846); 24-2-76 (A/1976, núm. 1126); 25-3-76 (A/1976, núm. 1650); 19-5-76 (A/1976, núm. 2643).

(3) Así, por ejemplo, las STS de 23-10-67 (A/1967, núm. 3873) y 19-1-71 (A/1971, núm. 321).

(4) Artículos 153 y 166 núm. 5.º, LPL, redacción según RD: 1925/1976, de 16 de julio, artículo 1.º. Igualmente, las cuantías establecidas con anterioridad a las ahora vigentes, rara vez eran susceptibles de ser alcanzadas en sus momentos históricos.

río 1944-1976 (5), resulta insuficiente por las siguientes causas: de un lado, porque omite toda referencia a su naturaleza jurídica, limitándose a indicar que es una retribución debida, caso de darse determinadas circunstancias, que tampoco detalla en extenso, y sin que esa idea de retribución sea indicativa de la naturaleza salarial o extrasalarial de la dieta; de otro, porque introduce elementos como definitorios que luego resultan no serlo en un desarrollo jurisprudencial posterior (así, la referencia a lugares de trabajo o residencia y al desplazamiento o traslado); por último, porque evita pronunciarse acerca de las causas que obligan al desplazamiento, su duración y regularidad o irregularidad.

Así, pues, habrá de ser completada —en este capítulo por lo que hace al primer grupo de deficiencias que se aprecian—, al objeto de poder ofrecer un concepto cierto de la figura que analizamos y que sea expresivo, a la vez, de la naturaleza jurídica de la misma.

En este orden de cosas, cuatro hipótesis, dentro de la penuria general de la bibliografía, pueden ser enunciadas, unas apoyadas en la jurisprudencia y otras no, y entre las que se incluyen teorías de carácter mixto de indudable atractivo aunque, como se dirá, de nulo basamento positivo —y aun doctrinal— en nuestro Derecho.

1. *Indemnización. Indemnización por gastos*

Ni la doctrina del Tribunal Supremo ni la del Tribunal Central de Trabajo mantienen que la dieta sea una figura indemnizatoria. Sólo en una ocasión, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1956 (6), se afirma lo contrario, diciéndose que tiene «carácter indemnizatorio y no remuneratorio».

Sin embargo, algún sector doctrinal entiende que la dieta goza de la naturaleza de las indemnizaciones, llegando a definirla como *indemnizaciones por gastos*. Así, tres autores, Alonso Olea, Borrajo y Montoya Melgar mantienen, el primero, que constituyen «indemnizaciones alzadas por gastos, que percibe el trabajador para cubrir los suyos ordinarios de manutención cuando, por razón de su trabajo, tiene accidentalmente que desplazarse fuera de su domicilio habitual» (7); el segundo, que «el trabajador, en la ejecución de su trabajo, puede contraer gastos en beneficio de la empresa, con lo que ésta queda obligada a

(5) La STS de 10-11-66 (A/1966, núm. 5193) ofrece, a su vez, un concepto de dieta muy parecido («remuneración fijada legal o convencionalmente, debida al trabajador que para prestar sus servicios profesionales se encuentra obligado a trasladarse eventualmente a lugar distinto a aquel en que habitualmente presta su trabajo...»), pero enfocado a su distinción de los *gastos* que establecía el artículo 89 de la derogada OL de siderometalurgia de 1946 (OM 27-7-1946).

(6) A/1956, núm. 3781.

(7) MANUEL ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Madrid (Facultad de Derecho, Universidad Complutense) 1976, 4.ª ed., pág. 207. Igual en la 1.ª (1971, pág. 162), 2.ª (1973, pág. 168) y 3.ª 1974, pág. 180) ediciones.

indemnizarle de los mismos» (8), y, el último, que no son percepciones salariales, sino «indemnizaciones o suplidos» destinados a compensar los «consiguientes gastos del trabajador» (9).

Esta posición debe ser analizada contra poniéndola, siquiera brevemente, al concepto y naturaleza de la indemnización en nuestro ordenamiento jurídico-privado, lugar de necesaria remisión.

Así, parece evidente que, en principio, la indemnización «en el Derecho del trabajo se halla, como en cualquier otra rama jurídica, conectada a la problemática de la responsabilidad civil por hechos ilícitos» (10), y, progresando en esta dirección, cabría preguntarse si acaso los que dan origen a la dieta, esto es, la prestación de trabajo fuera del lugar habitual (por el momento nos abstendremos de indicar si ese «lugar habitual» es el domicilio del trabajador o es el centro, asimismo habitual, de trabajo), a instancias del empleador, y por necesidades del servicio, serían susceptibles de tal consideración de ilicitud, pues de un hecho lícito (ni abusivo) no puede surgir indemnización alguna, en cuanto que ésta tiende a reparar un daño *injustamente* causado, bien por incumplimiento de obligaciones contraídas (responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 C. C.), bien por acciones u omisiones ilícitas (responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 C. C.) (11).

En este sentido, parece evidente que hay, es cierto, un daño sufrido por el trabajador, ya sea material (desarreglo económico, mayores gastos, etc.), ya moral (privación de la vida familiar, incomodidad, etc.), pero cuya causa, lejos de constituir un acto ilícito del empleador, supone, por el contrario, ejecución del contrato de trabajo. Y si ello es nítidamente evidente en numerosas ocasiones (trabajos de montaje a pie de obra, corredores de plaza, reparación de carreteras, viajantes, etc.), no lo es menos en otras, en las cuales, si bien el trabajador presta sus servicios siempre en el mismo lugar, sin desplazarse (12), el *jus variandi* del empleador tiene virtualidad suficiente como para, irregular y accidentalmente, al organizar el trabajo de acuerdo con las necesidades de la empresa, ordenar el desplazamiento de uno o varios de los trabajadores a lugar distinto al de la localización habitual. Que ese *jus variandi* se haya expandido desmesuradamen-

(8) EFRÉN BORRAJO DACRUZ: *Derecho del trabajo*, Madrid, Doncel, 1973, 5.ª ed., 1974, pág. 120.

(9) A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo. Sistema de relaciones laborales*, Murcia, Escuela Social, 1975, III, pág. 108.

(10) JUAN RIVERO LAMAS: «Indemnización», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Madrid, F. Seix Editor, 1965, XII, pág. 213.

(11) Véase, por todos, LUIS DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1972, págs. 380-388 y 693-730.

(12) Supuesto éste que, como se verá [*infra*, cap. III, A], 1.1.d.] es el único que origina, en la jurisprudencia, derecho a la percepción de dietas.

te (13) es cuestión diferente, cuyas causas habrán de ser buscadas en el modo de producción capitalista, global y particularizadamente; pero en estas coordenadas es imposible hablar de indemnización por actos lícitos (o, contrariamente, y en esta dirección, de reembolso de gastos por ilícitos), por mucho que se trate de hallar una terminología intermedia, cual es la de *indemnizaciones impropias* (14), constitutivas, dice Rivero, de cantidades que se abonan «para mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas que asume cada parte del contrato de trabajo», y cuya naturaleza «no es, en sentido estricto, ni resarcitoria de unos daños que hayan llegado efectivamente a producirse, ni consecuencia de un incumplimiento contractual o de una obligación de otra índole que haya que estimar vinculada al contrato de trabajo» (15). Terminología que, de aceptarse, habría de ser limitada a los supuestos que Rivero cita, sin ampliación alguna (16), aunque manifestamos nuestras reservas hacia alguno de ellos, por causas que, sin embargo, exceden los límites de esta investigación.

De otro lado, cuando la ley de Contrato de Trabajo usa la expresión *indemnización* la refiere, precisamente (el artículo 15, párrafo 2.º, sería una excepción), a indemnizaciones *propias* (por seguir, de contrario, la terminología de Rivero), o en su sentido civil y estricto (así, los artículos 63, 74, 75, 3.º, etc.), reservando otras denominaciones para supuestos en los que, habiendo obligación de abono dinerario, su nacimiento no se debe a ilícito alguno (por ejemplo, el artículo 75, 4.º de la ley de Contrato; la expresión legal «indemnizaciones o suplidos», del artículo 3, a) del 2 de 1973, no significa que indemnización sea igual a suplido en la terminología de la ley de Contrato de Trabajo). Las Ordenanzas Laborales, por su parte, salvo raras excepciones (17), evitan definir la dieta como indemnización, limitándose a obligar al abono de ciertas cantidades, caso de concurrir determinadas circunstancias que especifican (18). Aunque se ha de indicar así:

(13) «Los empleadores, muchas veces con el apoyo de las disposiciones legales... y siempre con base en los reglamentos de régimen interior, han ampliado abusivamente este *jus variandi*, desvirtuando su sentido excepcional. La clave desvirtuadora ha sido, preferentemente, la *necesidad del servicio*.» (LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL y MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ: *Lecciones de Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1977, pág. 664.)

(14) JUAN RIVERO LAMAS: *op. cit.*, pág. 243.

(15) *Ibidem*.

(16) Indemnizaciones por espera, reserva o interrupción del trabajo; invenciones de servicio; indemnizaciones del artículo 75, 4.º, LCT, y prohibiciones de concurrencia.

(17) Así en *Marina Mercante* (OM 20-5-69), cuyo artículo 124, definidor de la dieta, comisión de servicio y gastos de locomoción, se titula *Indemnizaciones y suministros*.

(18) *Oficinas y despachos* (OM 31-10-72), artículo 46; *Empresas de publicidad* (OM 20-2-75), artículos 42 y 43; *Empresas de limpieza* (OM 15-2-75), artículos 42 y siguientes; *Industrias fotográficas* (OM 24-1-72), artículos 41 y 42; *Bebidas refrescantes*

mismo que otras normas vienen a utilizar la expresión «indemnización», al referirse a la dieta, sin disimulo alguno (19).

No obstante lo anterior, no se debe dejar de indicar que la legislación laboral, aun estableciendo como norma general una regla subjetivista de responsabilidad, en determinadas ocasiones instaura, según nuestra opinión, la contraria u objetiva, en base a mecanismos más profundos que los utilizados por el Tribunal Supremo en el ámbito civil, invirtiendo la carga de la prueba, por ejemplo (20).

Así, en los supuestos de *traslado con cambio de residencia* (Ley de Relaciones Laborales, art. 22), el trabajador, dice la ley, podrá optar «entre el traslado, percibiendo una compensación (21) por gastos, o rescindir su contrato, mediante la indemnización que se fije...». Esa indemnización, que trata de resarcir un daño cierto (pérdida del empleo motivada por la decisión del empleador de trasladar), no se origina porque éste haya incurrido en acto ilícito alguno, puesto que ha obrado amparado en una norma de rango adecuado que le permite realizar el traslado, sino que encuentra su fundamento en una evidente responsabilidad objetiva del empleador por actos que, aun lícitos, causan daño.

Igualmente, en los supuestos de extinción de la relación de trabajo por *causas tecnológicas o económicas* (arts. 7.º y sigs. del decreto 3.090/1972, de 2 de noviembre), el empleador indemniza a los trabajadores incursos en el expediente por razón del daño (pérdida del empleo) sufrido, sin culpa o negligencia de aquél —aunque ello queda enrarecido cuando la causa de la crisis es la mala administración, negligencia, despreocupación o, incluso, dolo—. Esa indemnización se inscribe, también, en un régimen objetivo de responsabilidad.

No así en los supuestos de *despido disciplinario* (en última instancia, incumplimiento contractual —cuando es procedente— del trabajador), en los que la doble indemnización (*salarios de tramitación*, o por el daño sufrido por un despido improcedente; e *indemnización propiamente dicha*, o por el daño sufrido ante la negativa del empleador a la readmisión) se articula en un régimen cla-

(OM 2-6-72, redacción según OM 3-2-75), artículo 26; *Artes gráficas* (OM 29-5-73), artículo 56; *Industrias del agua* (OM 27-1-72), artículo 45, y tantas otras.

(19) Así la OM (presidencia) de 27-7-77, que modifica la de 15-1-76, que regula el uso de vehículos particulares u otros medios especiales de transporte en comisión de servicio, utiliza la expresión «indemnización a percibir por el funcionario, como gasto de viaje» (disposición primera). Igualmente, la L 41/1962, de 21 de julio, por la que se establece la participación del personal en las empresas que adopten la forma jurídica de sociedades, artículo 8.

(20) Así, en las STS de 14-2-1944 (A/1944, núm. 293); 23-12-52 (A/1952, núm. 2673); 24-3-53 (A/1953, núm. 913); 25-3-54 (A/1954, núm. 1001); 30-6-59 (A/1959, núm. 2944); 7-1-60 (A/1960, núm. 104); 5-4-63 (A/1963, núm. 1956); 29-5-72 (A/1972, núm. 2590).

(21) Debería decir *reembolso o abono*.

ramente subjetivista (22); o en los casos de *resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, en donde se aprecia también un incumplimiento (contractual) del empleador, incardinado, igualmente, en un sistema subjetivo de responsabilidad.

En cuanto al *despido objetivo* (RD-L 17/1977, de 4 de marzo, arts. 39 y sigs.), la situación es similar, que no idéntica, pues si bien se indemniza al trabajador por un daño cierto (pérdida, igualmente, de su empleo) que le es causado por el empleador lícitamente (responsabilidad objetiva, por tanto), la verdad es que la cuantía de esas indemnizaciones (una semana por año, o fracción, de servicios) y su propia existencia (ahora no por inobservancia de la readmisión, sino por ser procedente el despido), implican un esquema especial cual es que, aun siendo la pérdida del empleo lo que, en definitiva, se trata de resarcir, en el supuesto de despido disciplinario improcedente la indemnización se dirige a, precisamente, sancionar la inobservancia de la decisión judicial, en tanto que en el supuesto de despido objetivo procedente, se intenta indemnizar la pérdida del empleo en sentido estricto e inmediato, lo que justifica una menor indemnización, la concesión de un plazo de preaviso y la imposibilidad de que el órgano judicial establezca a su arbitrio la indemnización, su cuantía, entre un límite máximo y otro mínimo, y confirma, en última instancia, que la indemnización en los supuestos de despido disciplinario improcedente no puede articularse, en modo alguno, con un resarcimiento de perjuicios que es, exactamente, lo que la correspondiente al objetivo procedente trata de cubrir. Por ello, de ser improcedente este último, ha de estarse a lo ordenado por el artículo 37 del Real Decreto-Ley (art. 44, párr. 2.º, RD-L citado).

(22) Podría pensarse, por el contrario, que los *salarios de tramitación*, lejos de suponer indemnización alguna, son salario propiamente dicho, al cual se hace acreedor el trabajador no como contraprestación por un trabajo que, desde luego, no ha realizado, sino por su puesta a disposición del empleador. Así podría interpretarse el artículo 35, uno, de la LRL y el 37, dos, del RD-L 17/1977, de 4 de marzo («salario dejado de percibir»), frente al 104 de la LPL, redacción de 1973 («indemnización complementaria»), aunque el propio RD-L 17/1977 utiliza también esta última expresión (artículo 44 *in fine*).

Por lo que hace a la *no readmisión*, se puede argüir en apoyo de lo dicho en el texto que, si el daño sufrido por el trabajador es siempre el mismo, la cuantía de la indemnización «por resarcimiento de perjuicios» (artículo 37, tres, RD-L 17/1977 cit.) no puede variar en función del número de trabajadores (artículo 37, cinco, de igual norma legal), posición tanto más coherente si se entiende, como es correcto, que el RD-L de Relaciones de Trabajo inicia «el tránsito hacia el esquema de las obligaciones alternativas» (LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Relaciones de trabajo. Comentarios al RD-L 17/1977*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, pág. 65), de modo que se ha preferido perfilar esa indemnización como por inobservancia de la readmisión que por resarcimiento de perjuicios (*ibidem*, página 206).

El Tribunal Supremo tiene declarado, por su parte, en la importante sentencia de 24 de junio de 1972 (23) que «el fundamento jurídico de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones no se consagra en la legislación laboral que se limita a regular sus efectos y cuantía, por lo que de acuerdo con el artículo 16 del Código civil (art. 4.º, 3.º, del vigente título preliminar, texto articulado de la Ley 3/1973, de 17 de marzo) ha de estarse a lo prevenido, en cuanto a la obligación genérica de indemnizar, por el artículo 1.101 y concordantes del Código sustantivo común...».

Pero si llama la atención que se configure a la dieta como indemnización, cuando en puridad puede ser cualquier cosa menos eso, la perplejidad se incrementa cuando se dice que se trata de una *indemnización por gastos*; porque los gastos no pueden ser indemnizados en ocasión alguna ya que, cuando habiendo derecho a su reintegro no se abonan, lo que surge es una indemnización por su no reembolso, con independencia de persistir la obligación de su reintegro; indemnización que nace del daño sufrido por quien, desembolsando por beneficio de otro, después no es reintegrado en tiempo y forma. De modo que en estos casos, dos diferentes derechos asistirían al trabajador: uno, al reembolso de los gastos efectuados por causa de la ejecución del trabajo; otro, a la indemnización de los daños sufridos, uno de los cuales podría ser, ciertamente, el incumplimiento del empleador de su obligación de reintegro (24) (25). Gastos que al ser calificados por Alonso Olea de «ordinarios» (26) cierra el paso, por lo demás, a una interpretación conciliadora que tratara de justificar que la posición del autor citado es tal en cuanto que la dieta cubre, de un lado, los gastos producidos, y, de otro, la incomodidad, desarreglo..., daño causado, en fin, por el desplazamiento; la expresión «gastos ordinarios» impide, obviamente, tal proceder.

Nótese, en cualquier caso, que la imprecisión terminológica que criticamos no es privativa de nuestra doctrina. Así, y sin ánimo de agotar las ejemplificaciones, algún civilista ha traducido la expresión alemana *der Ersatz* con desacierto, pues admitiendo diversos significados técnicos (*sustitución*, de modo principal; y *compensación*, *reparación*, *restitución* e *indemnización*, secundariamente), ha sido utilizada en el último de los expuestos (27).

(23) A/1972, núm. 3717.

(24) Un cierto paralelismo ofrece el mandato: el mandatario tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados con ocasión de la ejecución del mandato (artículo 1728, C. c.), y a ser *indemnizado* por los daños y perjuicios sufridos sin culpa ni negligencia por su parte (artículo 1729, C. c.).

(25) Caso diferente, pero esclarecedor, es el contemplado por...

(26) *Op. y loc. cit.*

(27) Así, JAIME SANTOS BRIZ, en la versión castellana del *Derecho de obligaciones* de KARL LARENZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, I, pág. 236, traduce «indemnización por gastos», mientras que en la del *Tratado de Derecho privado*, de J. W. HEDEMANN, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, III, pág. 53,

Igualmente, en la doctrina italiana la expresión *indennità* se utiliza de modo muy amplio, tanto que hace decir a Santoro Pasarelli que «es promiscuamente usad(a) para indicar las atribuciones patrimoniales más variadas, incluyendo en el(la) hasta las retribuciones por trabajos extraordinarios, nocturno y festivo» (28). Y una breve excursión por aquélla nos pondrá de manifiesto que mientras para unos autores la *indennità* se corresponde con aquella suma de dinero de que se hace entrega a un sujeto cuando, mediando o no dolo o culpa, se le causa un daño, estando, en consecuencia, «en la base de la indemnización una responsabilidad, objetiva, por el comportamiento de otro que, aunque lícito, ha producido un cierto daño» (29), para otros, la indemnización, su concepto, «se identifica con el reembolso de gastos», en cuanto que aquélla se dirige a evitar toda «disminución patrimonial súbita en el curso de la prestación del trabajo» (30). Construcción esta última sólo mantenida, ciertamente, en un primer momento, y que progresa después hacia posiciones más amplias que incluirán, sucesivamente, el reembolso a *forfait*, el lucro cesante... hasta llegar a un *daño general* que se ha de repartir «según determinados criterios, entre varios sujetos» (31), concluyendo el proceso en la discusión acerca de su naturaleza retributiva o no, «fuera del campo del reembolso de gastos o de la reparación del daño» (32); situación ésta mejor descrita por Riva Sanseverino al indicar que todas las indemnizaciones «en virtud del progresivo dilatamiento del concepto de retribución... tienden a ser consideradas... como retributivas» (33). Dificultades no ajenas a la doctrina francesa, en cuanto que, en palabras de uno de sus más reconocidos autores, «la palabra indemnización se halla lejos de tener en el Derecho del Trabajo el sentido claro y preciso que aquélla tiene en el Derecho Civil» (34), lo que no significa, desde luego, sino la imprecisión con que ha sido utilizada.

utiliza indistintamente las expresiones «abono» e «indemnización (por gastos)». CARLOS MELÓN INFANTE: *Código civil alemán (B. G. B.)*, Barcelona, Bosch, 1955, traduce por «indemnización».

(28) FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ: *Nociones de Derecho del trabajo*, traducción de la 14.^a ed. italiana, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, págs. 192-193. Igual en la 23.^a ed. italiana, Napoli (CEEJ) 1970, pág. 199.

(29) FRANCO GUIDOTTI: «La Retribuzione», *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, dirigido por LUISA RIVA SANSEVERINO y GIULIANO MAZZONI, Padova, Cedam, 1971, II, páginas 63-64. El subrayado es nuestro.

(30) SILVIO PIERI: «La indennità», *Manual de Casistica Giuridica*, dirigido por MARIO LONGO, Torino, Utet, 1970, 3, pág. 2772. Igual en el *Manual de Casistica*, edición antecedente de la citada, 1961, II, pág. 1520 *in fine*.

(31) *Ibidem*.

(32) *Ibidem*, pág. 2773.

(33) *Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 1971, pág. 275.

(34) GÉRARD LYON-CAEN: *Les Salaires, Traité de Droit du Travail*, París, Dalloz, 1967, II, pág. 187.

No obstante lo anterior, han de apuntarse ahora dos extremos de importancia. De un lado, que la propia doctrina civilista consigna al presente esfuerzos valiosos al objeto de romper con el tratamiento tradicional de la responsabilidad en nuestro derecho; esfuerzos que hallan su basamento, sin duda, en cuantas normas consagran el principio contrario o de responsabilidad objetiva (Ley de Uso y Circulación de vehículos a motor, de 24 de diciembre de 1962; Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960; Ley de 29 de junio de 1964, reguladora de la responsabilidad derivada de años nucleares; y Ley de Caza, de 4 de abril de 1970). De otro, que la interpolación a nuestra disciplina de categorías procedentes de otras ramas del Derecho (civil, en este caso) puede dar lugar a tesis restrictivas, impidientes de cualquier labor superadora, sobre todo cuando esa importación se realiza cual han sido conformadas históricamente. Así, afirmar —aun cuando sólo sea a efectos de crítica doctrinal, y por causa de que sus autores implícitamente partan de aquéllas— que la indemnización exige una conducta dañosa, sin la cual deviene imposible, ciertamente obliga a explicitar que no puede cerrarse el camino a planteamientos progresivos, que busquen en la dieta la plasmación de una doble naturaleza jurídica: reembolso de los gastos efectivamente realizados por el trabajador desplazado, pero también *indemnización* por el daño (patrimonial y/o moral) que el desplazamiento le ocasiona. Daño que habríamos de calificar, provisionalmente, de *justo*, en cuanto que el empleador lo causa sin incurrir en ilícito alguno. *Daño justo*, cuya reparación se dirige a restaurar un equilibrio (patrimonial o moral, consecuentemente) roto, de modo que podríase apuntar una doble situación (35):

a) La cuantía de la dieta equivale, exactamente, a los gastos efectuados por el trabajador desplazado: el daño queda sin reparar en modo alguno.

b) La cuantía de la dieta es superior al monto de los gastos efectuados por el trabajador desplazado: el plus a favor de éste es susceptible de, bien equivaler al daño, en cuyo caso cumpliría una función reparadora y total evidente (36); bien no equivaler al daño, de modo que éste quedaría insuficiente y parcialmente reparado.

2. Cantidad asimilada al salario

Tanto la doctrina del Tribunal Supremo, cuanto la del Tribunal Central de Trabajo, son constantes en orden a privar a la dieta de naturaleza jurídica salarial. Ni una sola sentencia, de cualquiera de ambos tribunales, afirma lo con-

(35) En qué medida el *quantum* de la dieta altera la naturaleza jurídica de la misma es cuestión que se irá poniendo de relieve, progresivamente, a lo largo de esta investigación.

(36) Ello sin perjuicio de lo que señalaremos *infra* (epígrafe 4 de este mismo capítulo) acerca de la posible naturaleza parcialmente salarial de la dieta.

trario expresa o tácitamente. La dieta no es ni salario base, ni complemento salarial, ni es asimilable, en modo alguno, a cualquiera de estos conceptos.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19-4-72 (37) afirma que las «dietas no pueden entenderse comprendidas, a los efectos en el proceso perseguido, en el concepto que de salario da el mencionado artículo 37 (de la Ley de Contrato de Trabajo)»; la de 3-7-72 (38) reitera su naturaleza extrasalarial, y la de 10-11-66 (39) la conceptúa como «reintegro al trabajador de los (gastos) realizados para hacer posible la prestación de su trabajo en beneficio del patrono». Junto a ellas, otras muchas excluyen a la dieta del concepto de salario regulador a efectos de prestaciones de la Seguridad Social (40), indemnizaciones por despidos y salarios de tramitación (41), etc.

En cuanto al Tribunal Central, la situación es idéntica. Por citar, igualmente, las más representativas, y sin ánimo de agotarlas, las de 2-1-73 (42) y 19-11-69 (43) fundamentan la dieta en un derecho a reintegro de gastos, la de 23-10-71 (44) afirma que «no tiene carácter de remuneración», y multitud la definen como una retribución de carácter irregular, en la dirección de la ya citada del Tribunal Supremo de 6-2-67 (45).

Naturalmente, aquí la casuística es mayor y, por tanto, abundan las decisiones jurisprudenciales en orden a su computabilidad o no a efectos de prestaciones varias, salario base, etc., todas ellas en el sentido de las citadas del Tribunal Supremo (46) y cuya enumeración exhaustiva deviene, por ello, innecesaria.

Sin embargo, es preciso detenerse en una consideración de importancia. Y es que, en la práctica totalidad de las citadas, y en otras que ahora traeremos expresamente a colación, la exclusión de la dieta de la percepción salarial se realiza por vía de la interpretación del artículo 37 de la Ley de Contrato de Trabajo a la luz de legislación posterior (legislación de Accidentes de trabajo, decretos de Ordenación del salario de 1960 y 1973, etc.), sin cuestionarse si la

(37) A/1972, núm. 2832.

(38) A/1972, núm. 3722.

(39) A/1966, núm. 5193.

(40) Entre ellas: 5-2-70 (A/1970, núm. 619); 27-2-70 (A/1970, núm. 755); 6-2-69 (A/1969, núm. 550); 18-11-66 (A/1966, núm. 5217); 10-5-60 (A/1960, núm. 2354); 13-5-58 (A/1958, núm. 1919); 26-11-56 (A/1956, núm. 3781).

(41) Entre ellas: 3-7-72 (A/1972, núm. 3722); 17-5-68 (A/1968, núm. 2817).

(42) A/1973, núm. 228.

(43) *J. S.* núm. 37, núm. 695/69. Igual: 29-3-73 (A/1973, núm. 1489).

(44) A/1971, núm. 414. Igual: 9-2-73 (A/1973, núm. 613); 12-3-74 (A/1974, núm. 1251); 25-5-72 (*J. S.* núm. 53, núm. 311/72).

(45) A/1967, núm. 932. Véase nota 2.

(46) Entre ellas: 22-1-68 (*J. S.* núm. 27, núm. 137/68); 14-2-68 (*J. S.* núm. 27, núm. 138/68); 9-7-68 (*J. S.* núm. 29, núm. 453/68); 15-3-73 (A/1973, núm. 1185); 26-11-74 (A/1974, núm. 4990); 29-3-73 (A/1973, núm. 1489).

naturaleza extrasalarial que tales normas jurídicas la conceden se halla realmente en consonancia con el espíritu del mencionado artículo 37 o si, por el contrario, no vienen a restringirlo desmesuradamente.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3-7-72 (47) afirma que «se priva de naturaleza salarial (a) la percepción por el trabajador de otros conceptos retributivos (?) que obedecen a motivaciones distintas y que enumera el artículo 4.º del Decreto (de Ordenación del Salario, de 1960) que se viene estudiando». Y la de 17-1-72 (48) —que cita otra anterior de 23-6-65 (49)— nos indica que el mencionado Decreto de 1960 «ratifica y complementa el concepto amplio que de salario ofrece el artículo 37 de la LCT; o la de 19-4-72 (50) que, con mayor claridad si cabe, sienta que «el concepto que de salario da el mencionado artículo 37, definición necesariamente amplia, según se razona en el Preámbulo del aludido Decreto de 21 de septiembre de 1960, necesita perfilarse, por lo que en el mismo se establece una doble lista de conceptos que, al incluirse o excluirse, concretan la expresada definición».

Esta posición jurisprudencial, no obstante, no parte de la Ley de Contrato de 1944, aun a pesar de que su artículo 37, sustancialmente idéntico al 27 de la de 1931 (51), parece restringir el contenido de éste y, por ello, haber determinado un giro restrictivo jurisprudencial.

En efecto, podría pensarse que mientras el artículo 27 consideraba salario no sólo «los beneficios que obtenga el trabajador... como retribución directa e inmediata de su labor», sino también cualesquiera otros que, tras una breve enumeración, finaliza con la expresión «y conceptos semejantes», el artículo 37, al añadir a continuación que tales serían salario «siempre que se obtengan por razón o en virtud del trabajo o servicio prestado», viene a impedir considerar salario, por analogía («conceptos semejantes»), a cuantas remuneraciones que, lejos de constituir *contraprestación* por el trabajo prestado, impliquen simplemente cantidades a abonar *por consecuencia* del mismo (52), esto es, percepciones que aun hallándose ligadas a la prestación de trabajo, no remuneran ese trabajo en sí mismo considerado, sino que acuden a reembolsar gastos o a indemnizar daños causados, entre otras posibilidades (53).

(47) A/1972, núm. 3722.

(48) A/1972, núm. 267.

(49) A/1965, núm. 4288.

(50) A/1972, núm. 2832. El subrayado es nuestro.

(51) Texto aprobado por D 21-11-1931.

(52) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-7-72 (A/1972, núm. 3722), segunda sentencia.

(53) En orden a la ampliación del concepto de salario, véase MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes de Derecho del trabajo*, Sevilla, Facultad de Derecho, s/f, ed. multiplicada, págs. 214-226. Se manifiesta en contra de lo afirmado en el texto.

Pero tal restricción, por lo demás evidente (54), no ha venido sino a recoger una ya antigua trayectoria jurisprudencial claramente restrictiva. Así, el Tribunal Supremo tenía declarada, tradicionalmente, la necesidad de que aquellas percepciones debidas al trabajador, pero distintas del jornal, deberían de reunir las notas de *normalidad* (sentencia del Tribunal Supremo de 8-4-27 (55) y de *fijeza* (sentencia del Tribunal Supremo de 13-7-17 (56) para poder ser consideradas como salarios. De lo contrario, de ser irregulares o transitorias, habrían de ser de tal naturaleza privadas.

Y como quiera que el artículo 27 de la Ley de Contrato de 1931, al establecer la doble alternativa apuntada *supra*, de alguna manera podría ser interpretado en el sentido de considerar salario no únicamente aquellos devengos obtenidos estrictamente por contraprestación del trabajo, sino todos los beneficios obtenidos por causa u ocasión del mismo (57), pronto el artículo 22, apartado a) de la Ley de Accidentes del Trabajo de 1932 (58) y el 37, apartado a), de su Reglamento (59), vinieron a establecer que —citamos la Ley— «las remuneraciones que, aparte del salario fijo o a destajo, gane el obrero en cada caso, sólo se computarán como salario cuando tengan *carácter normal*» (60), tesis que, más matizadamente, recogerá después el artículo 58, apartado a), del Reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo de 1956 (61), excluyendo, junto a otras percepciones, a «las dietas de viaje y gastos de locomoción, el plus de distancia y el de transporte urbano reglamentario».

Acaso la intención del legislador fuera la de determinar el contenido legal del salario únicamente a efectos de prestaciones («*indemnizaciones*» dice la le-

(54) En contra HERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental de Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, 10.ª ed., pág. 382.

En sentido de lo afirmado en el texto, LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: «Criterios determinativos del salario ¿salario sustantivo y salario aritmético?», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, 1960, vol. IV, núm. 8, pág. 366 y la amplísima bibliografía mencionada en su nota núm. 3, a la que nos remitimos en apoyo de lo mantenido en el texto.

(55) J. C. t/174, núm. 132, págs. 723 y sigs.

(56) J. C. t/141, núm. 36, págs. 238 y sigs.

(57) El artículo 87, 4.º, contemplaría supuestos diferentes: desgaste de herramientas, etc.

(58) TR aprobado por D 8-10-1932 (*Gaceta* de 12-10-1932).

(59) D 31-1-1933 (*Gaceta* de 2-2-1933, rectificada en *Gaceta* de 7-7-1933).

(60) El subrayado es nuestro. El texto es idéntico, en este inciso, al artículo 10 de la Ley de Accidentes de 10-1-1922. Para una visión histórica del tema, en la que no podemos entrar, véase, LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: «Criterios determinativos...», cit., págs. 367-384.

(61) D 21-4-1960.

gislación de 1932-1933) por accidentes de trabajo (62). Pero el Tribunal Supremo no lo ha entendido así, caso de ser aquélla, y mantiene, reafirmandose en su doctrina anterior, que el salario «se entiende constituido por la totalidad de los beneficios alcanzados por el trabajador tanto en metálico como en especie por sus servicios u obras como retribución directa e inmediata de su labor» (63), esto es, mutila el contenido alternativo del artículo 27 de la Ley de Contrato de 1931, vigente en aquel momento (64), en cuanto que éste, «de cuya claridad de expresión y amplitud de concepto no puede dudarse... sólo queda condicionado por la regla a) (del artículo 22 de la Ley de Accidentes), conforme a la cual... 'las remuneraciones que aparte del salario... sólo se computarán cuando tengan carácter normal'» (65).

Claro que no puede omitirse la existencia de una cierta contradicción en esta aparentemente sólida doctrina —ciertamente contractualista, en el sentido

(62) «En otros (regímenes de previsión), y en el sistema legislativo actual, el salario tiene un valor sustantivo propio en base a las diferencias que, respecto del régimen general, representan sus criterios determinantes. Pero aun en estas hipótesis, hay que hacer notar que el salario, con un valor u otro, no trasciende los límites del sistema particular a que se aplica.» (LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: «Criterios determinativos...», cit., pág. 370.)

«Sin embargo, aunque a estos efectos (de indemnización por accidente de trabajo) las expresadas remuneraciones (dietas) no sean salarios, a los efectos de su protección legal y de régimen jurídico si gozan de este carácter», en cuanto que «al tratar de definir jurídicamente el salario en ordenamiento en vigor, debe distinguirse el salario en sentido jurídico general y el salario específico». (EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Salarios. Régimen legal. Tareas mínimas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, págs. 63-64 y 57, respectivamente.)

(63) STS 15-2-36 (A/1936, núm. 392). Aun ese concepto de «retribución directa e inmediata» que utiliza el TS, es cuestionable en razón a que entendemos, con PÉREZ BOTIJA (*Salarios...*, cit., pág. 60) que «cuando el legislador habla de retribución 'directa' es porque quiere referirse a aquella que la empresa entrega al propio trabajador para distinguirla de las retribuciones que la empresa abona en favor de los trabajadores, pero no a éstos directamente...», y que «el término 'inmediata' hace referencia a la distinción doctrinal que se establece por algunos autores (hoy por la generalidad) entre salarios presentes y salarios diferidos». (*Ibidem*, pág. 61.)

(64) Quizá por la «inercia» que supone haber aplicado antes, y en multitud de ocasiones, el artículo 169, apartado a), del Código de Trabajo de 1926 (RD-L 23-8-1926): así, las STS de 4-7-32 (A/1932, núm. 3569) y 27-2-1907 (J.C. t/106, núm. 76, págs. 485 y sigs.)

(65) STS 24-2-1941 (A/1941, núm. 217). El subrayado es nuestro. Nótese que la nota de *normalidad* hacía referencia, históricamente, al binomio remuneración ordinaria-remuneración extraordinaria (pagas extraordinarias, gratificaciones varias debidas a liberalidad del empleador, etc. Cfr. *Salarios...*, cit., págs. 65-69) y no al carácter *fijo* o *variable* de la cuantía de la remuneración.

definido por Bayón-Chacón y Pérez Botija (66)—, en cuanto que alguna otra sentencia del mismo Tribunal parece querer referir el concepto que de salario ofrece la citada legislación de accidentes a, precisamente, los accidentes de trabajo, apuntando además que la indicada *normalidad*, lejos de referirse genéricamente a habitualidad a lo largo de la vigencia del contrato, ha de ser predicada únicamente «en la época del accidente» (67), doctrina reforzada tres años después al sentar el Tribunal Supremo que «de este concepto (el de los arts. 37 del Reglamento y 28 de la Ley de Accidentes), pues, de normalidad depende el cómputo, y como no es incompatible con la modalidad de abono que significa el de dietas... para dilucidar si éstas... son o no computables en cada caso, no ha de bastar que se establezca la diversidad de conceptos, sino que precisa quede determinado el módulo que tipifica la inclusión o que se excluyan» (68). Sin embargo, el Tribunal Supremo se retrae a mantener esta doctrina, y en posteriores decisiones retorna a las viejas líneas restrictivas y excluyentes (69).

Junto a ello, y a otro nivel, llama la atención cierta mención de los decretos de salarios mínimos, según la cual el plus de distancia y el de transporte público se adicionarán a los salarios mínimos establecidos en cada caso, siendo tales, esto es, el mínimo y los devengos citados —junto a otros que enumeran, de obvia naturaleza salarial— «compensables, en cómputo anual, con los ingresos que en jornada normal y por todos los conceptos, viniesen percibiendo los trabajadores» (70). Porque si «el más amplio y efectivo concepto de dieta por desplazamiento absorbe al anterior (plus de distancia)» (71), la dieta sería compensable, según ordenan los citados decretos, cuando menos parcialmente o por la cuantía del plus de transporte absorbido por ella, conclusión sin embargo negada por la doctrina jurisprudencial, especialmente por la del Tribunal Cen-

(66) GASPARD BAYÓN CHACÓN Y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1976-1977 (10.ª ed., I, pág. 357).

(67) STS 10-7-36 (A/1936, núm. 1604).

(68) STS 7-10-39 (A/1939, núm. 322). El subrayado es nuestro.

(69) Así, la STS de 24-2-41 (A/1941, núm. 217) ya citada, afirma que la *normalidad* «no exige que los abonos... consistan en una cantidad fija, permanente e invariable, sino que basta que aquéllos se satisfagan siempre, aunque la cantidad varíe... (requisito) que no es otro que el de tener por normal aquello que por su naturaleza, forma o magnitud, se ajuste a ciertas normas fijadas de antemano». La STS de 12-4-1929 (J. C. t/188, núm. 197, págs. 924 y sigs.) señala, en cambio, que «la definición de salario contenida en la Legislación de Accidentes del trabajo era sólo aplicable a dicha materia». (LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: «Criterios determinativos...», cit., pág. 366, nota 2.)

(70) D 547/1975, de 21 de marzo, artículo 4; D 619/1976, de 18 de marzo, artículo 4; etc.

(71) STS 21-5-74 (A/1974, núm. 2251).

tral de Trabajo, quien, generalmente, es el que se pronuncia por causa de la cuantía del asunto (72).

Todo lo anterior sugiere la necesidad de reabrir las posiciones de Pérez Botija cuando, al analizar el último inciso del artículo 37 de la Ley de Contrato de 1944 mantenía que «estima algún autor que entre los 'conceptos semejantes' se han de incluir las horas extraordinarias y los recargos nocturnos. Unas y otros entran directamente en el concepto de salario en metálico por constituir una retribución directa del trabajo. En cambio, entendemos que dentro de dichos 'conceptos semejantes' cabría considerar el plus de distancia o dietas de viajes y, en cierto modo, los suministros gratuitos de productos o servicios de la empresa, así como la obligación de proporcionar uniformes o prendas de trabajo, porque estos beneficios tratan de resarcir un gasto o conceder una ventaja que no se halla estrechamente ligada con el trabajo en sí» (73) (74).

3. Reembolso de gastos

Bajo el título genérico de *complementos extrasalariales* (75), *devengos extrasalariales* (76), *prestaciones no remuneratorias* (77), o *percepciones compensatorias* (78), otro sector doctrinal viene a conceptuar a la dieta como un reembolso de gastos realizados por el trabajador «para atender a las exigencias de una salida de residencia» (79), siendo abonados por el empleador como «originados por el negocio y no por la contraprestación del trabajo realizado» (80).

Entre los reembolsos de gastos, y además de las dietas, se habrían de citar: los gastos de viaje o locomoción, los pluses para compensar las subidas de los

(72) Así, la STCT de 13-5-70 (J. S. núm. 41, núm. 316/70), entre otras. Véase *infra*, conclusión 8.ª

(73) *El contrato de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1945, pág. 144. En sentido similar JUAN MENÉNDEZ PIDAL: *Derecho social español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, I, págs. 362 y sigs., para quien la dieta sería una remuneración salarial «en sentido amplio».

(74) Se ha de hacer notar que en su *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1960, 6.ª ed., pág. 221, nota 3, afirma que «aunque formalmente reconocemos a estas indemnizaciones carácter salarial (para beneficiarse de su protección legal), sustancialmente es evidente que no tienen naturaleza retributiva, sino compensatoria».

Igual en *Salarios...*, cit., pág. 62 *in fine*, aunque con alguna matización.

(75) LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Esquemas de Derecho del trabajo*, Valencia, 1971-1972, ed. multicopiada, I, págs. 400 y sigs.

(76) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1973, 4.ª ed., págs. 429 y sigs.

(77) GASPAR BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *op. cit.*, I, págs. 396-397.

(78) MIGUEL HERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *op. cit.*, pág. 384. MANUEL ALONSO GARCÍA, en la 5.ª ed. (1975), de su *Curso...*, cit., págs. 541 y sigs.

(79) LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Esquemas...*, cit., I, pág. 401.

(80) GASPAR BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *op. cit.*, I, pág. 396.

transportes urbanos, los pluses de distancia y cualesquiera otros exigidos por necesidades del trabajo (81), teniendo presente que «no son complementos extrasalariales en concepto de reembolso aquellos que no tienen causa en el trabajo (art. 4.º, 4.º, DOS), por cuyo motivo... (quedarían excluidas) aquellas cantidades a que pueda tener derecho el trabajador al amparo del artículo 15,2, LCT» (82)

La jurisprudencia, por su parte, mantiene igual tesis, y así las sentencias del Tribunal Supremo de 19-4-72 (83), 3-7-72 (84), 17-5-68 (85), 6-2-67 (86), 10-11-66 (87), 13-5-58 (88), 22-2-43 (89), y las del Tribunal Central de Trabajo de 22-1-73 (90), 19-11-69 (91), 13-5-70 (92), 4-6-72 (93), 23-9-71 (94), 15-10-74 (95), 5-2-73 (96), 29-3-73 (97), 11-10-73 (98) y 25-9-74 (99), citando únicamente aquellas que definen directa y expresamente la naturaleza jurídica de la figura que se estudia, y al margen de las recogidas en la nota 2, afirman que se trata de una compensación o reembolso por los gastos realizados, llegando una de las mencionadas, la de 25 de septiembre de 1974, del Tribunal Central (véase nota 85), a sentar que «si no existe el supuesto traslado, más que, en todo caso, parcialmente, ni mucho menos perjuicio alguno para su economía familiar, antes por el contrario beneficio, al tener su domicilio en el mismo lugar del trabajo, es evidente que el juzgador no cometió las infracciones que se denuncian».

La totalidad de las sentencias mencionadas apuntan en cuatro distintas direcciones en el momento de precisar la causa de la dieta. Así, dicen que: a) se trata de evitar un quebranto en la economía familiar; b) se dirige a evitar una

(81) LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Esquemas...*, cit., I, págs. 401-402. Incluye también las cantidades exigibles por traslados forzosos, que nosotros hemos considerado *supra* indemnizaciones.

(82) *Ibidem*, pág. 401. Véase, *infra*, apartado B) de este capítulo.

(83) A/1972, núm. 2832.

(84) A/1972, núm. 3722.

(85) A/1968, núm. 2817.

(86) A/1970, núm. 932.

(87) A/1966, núm. 5193.

(88) A/1958, núm. 1919.

(89) A/1943, núm. 219.

(90) A/1973, núm. 228.

(91) J. S. núm. 37, núm. 695/69.

(92) J. S. núm. 41, núm. 316/70.

(93) J. S. núm. 47, núm. 302/71.

(94) J. S. núm. 48, núm. 414/71.

(95) A/1974, núm. 118.

(96) A/1973, núm. 515.

(97) A/1973, núm. 1489.

(98) A/1973, núm. 3771.

(99) A/1974, núm. 3697.

merma en el salario; c) tiende a impedir un perjuicio económico por el desplazamiento, y d) compensan o reembolsan gastos originados por causa del trabajo.

Cemo se observará, en todas ellas late una única idea: la dieta evita que los gastos ocasionados por el desplazamiento repercutan directamente sobre el trabajador, siendo que aquél lo fue en beneficio del empleador, gastos que, ciertamente, supondrían una merma en el salario y, por consecuencia, un quebranto en la economía familiar caso de no ser reembolsados.

Esta construcción, apoyada en el artículo 75, 4.º, de la Ley de Contrato de Trabajo y en la legislación posterior y corroborada por la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Central de Trabajo, sin embargo, no profundiza en los problemas que plantea su enunciado. Así, se omite toda referencia a la clase de gastos que se reembolsan; se equiparan generalmente dos conceptos, reembolso y compensación, que no pueden ser identificados; y, por último, nada se indica acerca de la especialidad del contrato de trabajo que impide el ejercicio de acciones que otras ramas del Derecho conceden al acreedor al reembolso, cual es el derecho de retención.

Veámoslo brevemente.

3.1. *Naturaleza de los gastos.*—Nos ocupamos aquí no de los gastos que se reembolsan o qué gastos son los que la dieta cubre, sino de la naturaleza jurídica de los mismos.

Pues bien, sólo un autor, Pérez Botija (100), apoyándose en una sentencia de 1940 (101), anterior, por tanto, a la Ley de Contrato vigente, y única en su género, arriesga una hipótesis que tampoco perfila demasiado, quizá por su obviedad, cual es que los gastos de referencia son gastos de producción.

Así, la sentencia citada, dice Pérez Botija, «esboza la teoría de las indemnizaciones como gastos de explotación administrados por el trabajador». Sin reproducir aquí lo ya dicho en orden a la actual imposibilidad *técnica* de indemnizar los gastos, lo cierto es que efectivamente la sentencia que menciona Pérez Botija afirma que, en su considerando primero, el trabajador prestaba sus servicios como viajante, percibiendo de su empleador una cantidad fija en concepto de contraprestación por sus servicios, y otra variable, porcentual sobre las ventas realizadas, devengada en consideración a los gastos de locomoción, transporte y dieta diaria. Razona así el Tribunal Supremo que «no cabe decir que ellos (los dos pagos) fueran dos distintas obligaciones del patronato, sino una sólo... ya que dada la naturaleza del oficio del viajante sus funciones como tal se realizan fuera del punto de residencia habitual».

(100) *Derecho del trabajo*, cit., pág. 221, nota 3. Respecto a la LCT de 1931, JUAN HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pág. 163, mantiene igual tesis.

(101) STS 19-10-40 (A/1940, núm. 946). Para una crítica de esta sentencia, véase *Salarios...*, cit., págs. 62-63.

Cabría preguntarse si esta posición jurisprudencial es extensible a todos aquellos supuestos en los cuales se produce un desplazamiento temporal e irregular del trabajador o si, por el contrario, sólo es predicable (caso contemplado por la sentencia) en aquellos otros en los cuales los desplazamientos dependen de la *naturaleza del trabajo contratado* y del *modo de calcular las cantidades* que por dietas se adeudan. Esto es, si estaremos ante gastos de producción tanto en los desplazamientos causados por *necesidades del servicio* (accidentales y de corta duración) cuanto en aquellos otros cuya causa es la naturaleza misma del trabajo y donde su ejecución depende de la realidad de tales desplazamientos (habituales, también de corta duración —menor, incluso, que en el caso anterior—, pero un *prius* del trabajo prestado: la venta de artículos a los comerciantes minoristas de una zona exige previamente el desplazamiento a la misma) (102). Todo ello, además, planteándose el tema de la forma de pago de esas cantidades, teóricamente dietas, es decir, si precio alzado y predeterminado, tanto por ciento sobre una o varias cifras de negocio o previa justificación de gastos al empleador.

Partiendo de que son gastos de producción los causados ordinariamente para la explotación de la cosa —en nuestro caso, para la ejecución del trabajo— (de ser extraordinarios se configurarían como necesarios o útiles, pero no de producción), y de algún modo necesarios para tal explotación —necesidad distinta, en todo caso, de la expresada por los artículos 453 y 455 del C. C. (103)—, es evidente que el supuesto analizado por la sentencia no puede encajar en el concepto de dieta que ha venido manejando la posterior jurisprudencia.

Porque si aquélla trata de evitar un perjuicio económico causado al trabajador en tanto no sea reembolsado (la merma de su salario), es obvio que no puede depender su cálculo de un porcentaje sobre la cifra de ventas que más que dieta parece ser una prima de producción o concepto (salarial) análogo. De otra parte, si la dieta busca también resarcir al trabajador de los gastos ocasionados por su manutención y eventual alojamiento, es claro de igual modo que ello (la cantidad y calidad del alimento, y la comodidad, aseo y condiciones generales del alojamiento) no puede depender de una cifra aleatoria de ventas o de cualquier otro módulo relacionado con la cantidad o calidad de trabajo realizado, cuando menos no exclusivamente. Porque en ambos casos la merma del salario (por los gastos que origina el desplazamiento) bien se produciría en can-

(102) Esta doble clasificación, aunque artificiosa —en definitiva, todo desplazamiento viene a ser un *prius* de la ejecución del trabajo encomendado por el empleador en uso de sus facultades de dirección—, la mantendremos ahora al objeto de señalar las diferencias existentes entre los gastos causados en ambos casos, y porque, en última instancia, según veremos más adelante, la nota de *habitualidad* o *accidentalidad* del desplazamiento, es determinante a la hora de aislar, de entre todos, aquéllos que originarán derecho a la percepción de dietas.

(103) JOSÉ MARÍA MANRESA: *Comentarios al Código civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, 6.ª ed. revisada por JOSÉ MARÍA POU DE AVILÉS, pág. 293.

tidades variables —en función de la producción—, bien no sólo se evitaría, sino que además sería pensable en un enriquecimiento suplementario.

Así, pues, en aquellos desplazamientos cuya causa se encuentra en la misma naturaleza del trabajo y que cumulativamente sus gastos son reembolsados porcentual y exclusivamente sobre una cifra de negocio, no ya no podemos hablar de dietas, sino que tampoco de gastos de producción, en cuanto que el trabajador podría enriquecerse con los reembolsos (en realidad, las cantidades que el empleador le entregara sería a título de reembolso únicamente cuando coincidieran los gastos realizados y el porcentaje sobre las ventas correspondiente), como se ha apuntado, lo que es imposible desde aquéllos que se dirigen al abono de las cantidades que el acreedor haya invertido en la explotación de la cosa —ejecución del trabajo— con independencia de los frutos obtenidos; de contrario, la posibilidad de empobrecimiento es igualmente y en la misma proporción posible.

La propia sentencia viene a apreciarlo indirectamente así aun cuando utiliza una expresión que si bien no es técnicamente correcta («indemnización por los gastos» sí es indicativa de que el empleador trataba de gratificar al trabajador en función de su producción (104).

Sin embargo, en el resto de los supuestos (estos mismos desplazamientos —admitiendo, por el momento, que causaran derecho a dieta—, pero gastos reembolsados mediante cantidades legal o paccionadamente fijadas, y aquellos otros o por necesidades del servicio y cuyos gastos son reembolsados de igual manera) ¿las dietas devengadas pueden ser configuradas como gastos de producción?

Si nos hemos de ceñir a la clasificación tradicional de los gastos en la doctrina civilista, de producción (cultivo y mero entretenimiento), necesarios, útiles y de puro lujo o mero recreo (105), ciertamente la dieta habría de conceptuarse entre los primeros. Naturalmente no se nos oculta la dificultad de trasladar estos criterios al campo de las relaciones de trabajo, en el cual la singular naturaleza del objeto del contrato: la venta de fuerza de trabajo, la ajenidad de los frutos obtenidos, etc., frente a los supuestos civiles de donde surge la construcción (posesión, usufructo, depósito, fianza, anticresis, gestión de negocios ajenos, etc.) mencionada, exige forzar los puntos de partida y los criterios de distinción entre unos y otros gastos (106).

(104) «Y aun cuando tal pago... tuviera distintos conceptos, parte por la propia prestación de los servicios, y parte como indemnización por los gastos...» (STS 19-10-40 cit.)

(105) ALBERTO ROVIRA MOLA: «Gastos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, F. Seix Editor, 1971, X, págs. 551 y sigs.

(106) Así, si son gastos necesarios (MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, 1893, VIII, pág. 415) no sólo los invertidos en la conservación de la cosa, sino también los fundados en disposición legal, podría pensarse que la dieta, por hallarse justificada por ésta —especialmente las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales, dando a la expresión *legal* un sentido amplio,

Excluyendo sin dificultad los de puro lujo o mero recreo, el resto podría predicarse de la dieta: dejando constancia de que el trabajador debe alimentarse para perpetuar su fuerza de trabajo (107), las cantidades percibidas para ello podrían ser consideradas *gastos de producción* (el trabajador dejaría de ser *útil* para el empleador en la medida en que su fuerza de trabajo deviniera cada vez menor), *necesarios* (la *conservación* de la fuerza de trabajo exige que se «repongan» las *energías consumidas con ocasión de su empleo*) o *útiles* (el desplazamiento y el mayor gasto tiene como contrapartida *un mayor provecho* de la fuerza de trabajo, en cuanto que el empleador atiende así necesidades de su empresa que, de no cubrirse, repercutirían en una menor tasa de ganancia en razón a que el trabajador produciría una menor plusvalía relativa por no optimizarse su rendimiento (108).

Así, pues, y dados los singulares caracteres de la compraventa de energía que constituye el contrato de trabajo (109), habremos de concluir que los gastos que las dietas reembolsan si bien se hallan muy cercanos a los de producción ciertamente constituyen una categoría *sui generis*, en cuanto que se busca evitar una merma en el salario, sin que sea posible proceder a identificar a éste con el patrimonio de poseedor, usufructuario, etc.

3.2. *Reembolso. Compensación.*—Algún sector de la doctrina que mantiene la tesis global que se analiza en el presente epígrafe utiliza el término *compensación* de gastos cuando se refiere a la dieta (110), en tanto que otro habla de reembolso (111).

compreensivo de toda norma emanada del aparato de Estado—, quizá sería susceptible de tal calificación.

(107) CARLOS MARX: *Salario, precio y ganancia. Obras escogidas de Marx y Engels*, en dos tomos, Madrid, Fundamentos, 1975, I, págs. 410 y sigs., en especial páginas 440-442. Del mismo: *El Capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, 2.ª ed. en español, 10.ª reimpresión, I, págs. 448 y sigs.; III, págs. 202 y sigs., 235 y sigs. y 810 y sigs.

(108) Por ser: $g = p' (1 - 0)$; entendiéndose por: g = tasa de ganancia; p' = tasa de plusvalía relativa; 0 = composición orgánica del capital. Para una ampliación de estos conceptos, véase, PAUL SWEEZY: *Teoría del desarrollo capitalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, 5.ª reimpresión, pág. 109. *El Capital*, cit., III, págs. 213 y siguientes.

(109) FRANCESCO CARNELUTTI: «Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1913, I, págs. 382 y sigs.

(110) Así, MANUEL ALONSO GARCÍA: *op. y loc. cit.*; GASPAR BAYÓN CHACÓN y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *op. y loc. cit.*

(111) LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Esquemas...*, cit., págs. 400 y sigs.

Igual la generalidad de la doctrina latinoamericana, ERNESTO KROTOSCHIN y JORGE A. RATTI: *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, La Ley, 1969, páginas 194 y sig.; JOSÉ MARÍA RIVAS: *Manual de Derecho del trabajo*, Buenos Aires

Sin embargo, la corrección técnico-jurídica se halla del lado de la expresión *reembolso* en cuanto que la compensación, entendida como una forma de extinción de las obligaciones (art. 1.156 C. C.), exige, de un lado, dos deudas exigibles, líquidas y vencidas (núms. 3 y 4 del art. 1.196 C. C.) y, de otro, que las cosas debidas sean de igual especie y calidad (112).

Pues bien, es evidente que, por lo que hace al segundo requisito, no nos hallamos ante dos cosas fungibles, y por lo que al primero se refiere «para que la compensación legal exista... de los más fundamentales (requisitos)» (113), aparece como indiscutible que no nos encontramos ante dos deudas exigibles y vencidas en cuanto que el trabajador en el momento de poder exigir el pago —que no es otro que el de percibir su salario (114)— ya ha procedido al desplazamiento y ha efectuado los gastos (115), con lo que el efecto o *función de garantía* de la compensación deviene inexistente (116).

Por todo ello es preciso concluir que sólo la doctrina que utiliza el término *reembolso* (de gastos) ha de ser estimada como correcta, aun cuando en *sentido*

(s/ed.), 1963, pág. 99; NÉSTOR DE BUEN: *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, III, pág. 194; MARIO DE LA CUEVA: *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1954, I, págs. 641 y sigs., en especial pág. 649; EFRÉN CÓRDOBA CORDOVÉS: *Derecho laboral cubano*, La Habana, Lex, 1957, I, págs. 285 y sigs., en especial pág. 297; HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA: *Manual de Derecho de trabajo*, Montevideo, Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, págs. 175 y sigs, en especial pág. 287. Para posiciones en contra, véase FRANCISCO DE FERRARI: *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1969, 2.ª ed. actualizada, II, págs. 261 y sigs; GUILLERMO CABANELLAS: *Contrato de trabajo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omsba, 1963, II, págs. 440 y sigs. La doctrina italiana, igualmente, utiliza la expresión *rimborso de spese*: FRANCO GUIDOTTI: *La Retribuzione*, cit., páginas 261 y sigs.; SILVIO PIERI: «La Indennità», *Manual de Casistica Giuridica*, cit., pág. 2772; SERGIO MATTONI: «Il Rapporto Individuale di Lavoro. La Retribuzione», *Il Diritto del Lavoro nell'elaborazione Giurisprudenziale*, Roma, Edizione Pen, 1969, 11, págs. 415 y sigs.; DANILO GUERRERI y MARIO GRECO: *La Disciplina nel Rapporto de Lavoro*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1963, pág. 379; GIULIANO MAZZONI: *Manuale di Diritto del Lavoro*, Milán, Giuffrè, 1969, 3.ª ed. revisada, págs. 562-563; LUIGI DE LITALIA: *Il Contratto de Lavoro*, Torino, Utet, 1956, 5.ª ed., pág. 305; MARIO GHIDINI: *Diritto del Lavoro (Curso di Lezioni Universitarie)*, Padova, Cedam, 1969, 4.ª ed., página 264.

(112) LUIS DíEZ-PICAZO: *op. cit.*, pág. 644.

(113) STS 16-4-57 (A/1957, núm. 1592).

(114) STCT 4-12-63 (J. S. núm.457/63).

(115) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, 3.ª ed., III, pág. 158; LUIS DíEZ-PICAZO: *op. cit.*, página 643.

(116) Véase, por analogía, la doctrina contenida en la STS de 25-6-62 (A/1962, núm. 3023).

no jurídico compensación se defina como neutralizar el efecto de una cosa con el de otra (117).

3.3. *Derecho de retención.*—El Código Civil otorga en determinados supuestos un *jus retentionis* a favor de aquellos acreedores que no habiendo sido satisfechos en sus créditos posean legítimamente una cosa del deudor. Así, los artículos 453, 502, 522, 1.600, 1.730 y 1.780 del mencionado Código.

Naturalmente que el mero inclinarse por posiciones doctrinales partidarias de que tal derecho a no restituir es únicamente aplicable a los supuestos contemplados por la ley (118) y, por tanto, no extensibles analógicamente, sería suficiente para negar tal derecho al trabajador por dos razones: una, que el contrato de trabajo no aparece, a diferencia del de mandato, depósito, etc., revestido de esa nota; otra, que en todo caso el desplazamiento —causa de los gastos— no es una cosa y, por tanto, no habría sobre qué ejercitar el derecho de retención.

Cabría plantearse si el trabajador no reembolsado podría negarse a restituir al empleador la posesión de objetos propios del trabajo (maquinaria, herramientas, etc.), y aun realizar su valor para resarcirse de su crédito.

La doctrina es pacífica en orden a considerar que el acreedor no puede realizar el valor de los bienes retenidos en cuanto que, en tal caso, más que de un derecho de retención habría de hablarse de un derecho de prenda (119). De otra parte, se exige, junto a otros requisitos, la existencia de «una cierta relación entre el crédito reclamado y la cosa retenida», no pudiendo admitirse «que el acreedor se apodere de una cosa del deudor para procurarse esta garantía» (120).

La conjugación de estas apreciaciones arroja una única respuesta a la cuestión planteada: no es posible hablar de derecho de retención alguno a favor del trabajador, siendo única vía de reclamación de los gastos derogados (dietas, ahora) la instituida por el artículo 75, 4.º, de la Ley de Contrato de Trabajo.

4. *Naturaleza mixta: reembolso y salario*

Visto que la mejor doctrina científica y la constante jurisprudencia de los tribunales otorga a la dieta naturaleza jurídica de reembolso de gastos, no es de más cuestionarse si acaso no pecan aquélla más que ésta en cuanto que se halla atada a la legislación vigente, de un excesivo positivismo.

En efecto, se echa de menos el que ni un solo autor español plantee si acaso la dieta, y al margen de la consideración legal de la misma no gozará de una doble naturaleza: de un lado, verdadero reembolso de gastos, pero, de otro, sa-

(117) Cfr. «Compensación», *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1972, 19.ª ed.

(118) Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO: *op. cit.*, pág. 582.

(119) *Ibidem*.

(120) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *op. cit.*, III, págs. 303-304, por las dos citas.

lario. En todo caso, las causas de tal actitud pueden reducirse a las siguientes: una, que el Derecho positivo español ha impedido, por tajante, cualquier consideración diferente al común coincidir de los autores, cual es que la dieta, sea lo que fuere, no es percepción salarial; otra, la restrictiva interpretación de la jurisprudencia a normas que admitían antes de 1944 un análisis progresivo, pero que, sin embargo, fueron privadas de toda posibilidad de ampliación.

Así, pues, en medio de ambas barreras se ha procedido a una construcción de las percepciones del trabajador en exceso rígida, impediendo de toda apertura, y edificada a la sombra de normas hoy tan criticables como pudiera ser el Decreto de Ordenación del Salario de 1960 y aun el de 1973 vigente, por mucho que, tras algunos reproches, Bayón califique a aquél como deseoso «de alegrar (?) un tanto, posiblemente con mucha cautela, la vida laboral» (121).

A pesar de todo, y no obstante la soledad doctrinal que envuelve la posibilidad de considerar a la dieta dotada de naturaleza jurídica mixta, es preciso plantearse ahora en profundidad los argumentos básicos que la apoyan en la doctrina extranjera y si acaso éstos son trasladables al nuestro, aunque sólo sea en sede teórica, por cuanto ya se ha apuntado repetidamente, la legislación vigente se opone sin fisura alguna a tal posibilidad.

En efecto, dos son las posiciones doctrinales que entienden que la dieta puede considerarse parcialmente salario: la italiana y la latinoamericana, esta última, y por lo que ahora nos interesa, de suma utilidad.

Veámoslo detenidamente antes de hacer algunas consideraciones de Derecho español.

4.1. *La cuestión en la doctrina extranjera.*—Dos diferentes argumentos esgrime la doctrina latinoamericana en orden a considerar la naturaleza mixta de la dieta.

De un lado, se dice que «es evidente que si lo abonado por viático lo invierte el trabajador en los mayores gastos que se ocasionan, carece de beneficio alguno y, por tanto, no cabría imputarlo como salario. Pero si se le abonan sumas que además de compensarle los mayores gastos y el costo del transporte representan un excedente sobre lo realmente gastado encontraremos que en verdad el viático aumenta la retribución y forma parte de ésta» (122), matizando un poco más la idea de Justo López (123) al afirmar que «eso que en principio es un adelanto para gastos o un reintegro puede resultar también una ganancia para

(121) GASPAR BAYÓN CHACÓN: *La nueva regulación de los salarios en España*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1961, pág. 46.

(122) GUILLERMO CABANELLAS: *op. cit.*, II, pág. 441.

(123) *Tratado de Derecho del trabajo*, dirigido por MARIO L. DEVEALI, Buenos Aires, La Ley, 1964, II, pág. 454.

el trabajador subordinado cuando el gasto del que se hace cargo el empleador le permita satisfacer necesidades que de otro modo hubiera de costear a sus expensas... (constituyendo entonces el viático... una ganancia tan positiva como el pago en especie». En igual sentido se manifiestan Napoli (124), Rivas (125), De Ferrari (126) aunque más reservadamente, González Charry (127), Barbage-lata (128), Russomano (129) con ciertas matizaciones y sólo desde un punto de vista doctrinal, en cuanto que la legislación brasileña (art. 457, epígrafe 2, *Consolidação das leis do trabalho*, Decreto-ley número 5452, de 1 de mayo de 1943, redacción según Ley número 1999, de 1 de octubre de 1953) establece criterios cuantitativos, «puramente aritmético(s), un poco grosero(s), sin duda» (130).

De otra parte, trata de fundamentarse la parcial naturaleza salarial de la dieta no en la existencia de un beneficio marginal, como en el caso anterior, y cuyo origen estaría en la diferencia —a favor del trabajador— existente entre los gastos realmente efectuados y la cantidad entregada, mayor a aquéllos, para hacerlos frente, sino en la *incomodidad* que representa para el obrero el desplazarse. Esto es, una parte de la dieta se dirigiría exclusivamente a cubrir los gastos y otra a recompensar al trabajador por las molestias causadas. O, en palabras de Sussekind, Maranhão y Segadas (131), se distinguiría una dieta en sentido propio y otra impropia. En el mismo sentido, Cabanellas en lo que denomina viáticos permanentes (132), Cesarino (133) y Orlando Gomes y Elson Gottschalk (134).

En contra de cualquiera de ambas tesis se situaría la doctrina mexicana,

(124) RODOLFO NAPOLI: *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, La Ley, 1969, pág. 194.

(125) *Manual de Derecho del trabajo*, cit., pág. 99.

(126) *Op. cit.*, II, pág. 262.

(127) GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY: *Derecho del trabajo*, Bogotá, Temis, 1970, 2.ª ed., pág. 408. Ha de indicarse que este autor divide la dieta en dos partes: gastos de alojamiento y manutención (que serían salario), y gastos de transporte y atención a la clientela (que se considerarían como «instrumentos del trabajo»).

(128) *Manual...*, cit., pág. 286.

(129) VÍCTOR MOZART RUSSOMANO: *O empregado e o empregador no Direito Brasileiro*, Río de Janeiro, José Konfino editor, 1965, págs. 539-541; *Comentarios à Consolidação das leis do trabalho*, Río de Janeiro, José Konfino editor, 1966, 7.ª ed., III, páginas 703-704.

(130) *O empregado...*, cit., pág. 541.

(131) A. SUSSEKIND, D. MARANHÃO y SEGADAS VIANA: *Instituições do Direito do trabalho*, Río de Janeiro, Librería Freitas Bastos, 1971, I, págs. 295-296.

(132) *Op. cit.*, pág. 443. Como se ve, CABANELLAS argumenta en ambos sentidos.

(133) A. F. CESARINO JR.: *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, Edição Saraiva, 1970, II, págs. 151-153.

(134) ORLANDO GOMES y ELSON GOTTSCHALK: *Curso de Direito do Trabalho*, Río-São Paulo, Forense, 1971, 4.ª ed., págs. 250-251.

para quien, en opinión de autores de reconocido prestigio, la dieta nunca puede ser parte del salario (135).

Partiendo, pues, de lo dicho, y con independencia ahora de la tesis que se mantenga, pueden ser diferentes las formas de computar qué parte de la dieta constituye salario y cuál otra reembolso de gastos. Así, la doctrina brasileña considera salario la totalidad de la dieta cuando su cuantía excede de la mitad del salario-día del trabajador (136), mientras que en otras ocasiones se establece mediante mandato legal (137) la cuota a considerar salario o se acude a la fórmula más exacta de computar aquélla entregada, pero no gastada, previa comprobación con los justificantes respectivos (138).

Lo que resulta evidente desde cualquiera de ambas posiciones es que la *forma* en que se abona la dieta es determinante en el momento de diferenciar el viático-reembolso del viático-salario.

Efectivamente, cuando los gastos causados se abonan por el empleador, previa justificación de los mismos, es obvio que no hay posibilidad de beneficio alguno para el trabajador. Porque desde la primera tesis, al procederse a la entrega por el empleador una vez probadas la realidad y cuantía del gasto, es imposible obtener suplemento alguno; y desde la segunda, la justificación de aquél viene referida únicamente a las cantidades empleadas en el sustento y eventual alojamiento, sin posibilidad de incremento por causa de incomodidad alguna.

Por ello, acierta Krotoschin (139) cuando afirma que «se distingue... si se trata de reembolso de gastos efectivos o de compensación (global) por éstos y el tiempo empleado en el viaje; sólo en este último caso los viáticos constituyen salario». En esta dirección, también González Charry (140), Deveali (141), Córdoba Cordovés (142), y, en fin, cuantos autores defienden la primera de las justificaciones ya indicadas, por ser de una argumentación más propicia a tal distinción.

Por último, hay que dejar constancia de que algunos autores, como Cabane-

(135) MARIO DE LA CUEVA: *Derecho mexicano...*, cit., I, págs. 6-49; NÉSTOR DE BUEN: *Derecho...*, cit., II, pág. 194.

(136) SUSSEKIND...: *op. cit.*, pág. 296; VÍCTOR MOZART RUSSOMANO: *op. cit.*, página 703.

(137) Cfr. GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY: *op. cit.*, pág. 408.

(138) Artículo 2, D 33302/45, dictado el 20-12-1945, ratificado por L 12921 y modificado por las núms. 13077, 13992 y 17391 (Argentina).

(139) *Instituciones de Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1968, 2.^a ed., página 475, nota 164. Igual la jurisprudencia que recoge en *Código de trabajo...*, cit., páginas 180 y sigs.

(140) *Op. cit.*, pág. 99.

(141) Revista *Derecho del trabajo*, I, págs. 38-39.

(142) *Op. cit.*, pág. 298.

llas (143), Pozo (144), implícitamente González Charry (145), Córdoba Cordovés (146) y Alfonso Guzmán (147), niegan al viático su carácter parcialmente salarial cuando el desplazamiento es *accidental* [por contraposición a *permanente*, o «en el sentido de que (el trabajador) está obligado a desplazarse laboralmente de un lugar a otro y recibe un importe destinado a alojamiento o comida» (148)], esto es, únicamente a aquellos trabajadores que se desplazan por la *naturaleza* propia de su oficio, como lo hemos denominado *supra*, se les otorgaría la posibilidad de contabilizar una parte de la dieta entre sus percepciones salariales.

Sin embargo, la *habitualidad* del desplazamiento no puede ser determinante por dos diferentes razones: en primer lugar, porque tal requisito no ha sido introducido como necesario a la hora de configurar el viático y su naturaleza jurídica, sino la *forma en que se abona* (cantidad alzada o previa justificación de gastos), de modo que sólo pueden excluir determinados efectos los elementos o mejor, su ausencia, elegidos como conformadores de la figura y no otros en absoluto tenidos en cuenta en el momento de su conceptualización. Y, en segundo término, porque si lo verdaderamente decisivo, como ha quedado bien patente, es la posibilidad de beneficio o enriquecimiento marginal del trabajador o bien la necesidad de recompensar —y por lo que a esta posibilidad se refiere habría de analizarse si no estaríamos ante un complemento salarial, cuando menos en Derecho español (149)— un esfuerzo o una incomodidad no hay razón alguna para negar naturaleza mixta al viático causado por desplazamientos accidentales, porque tanto en éstos cuanto en los permanentes o habituales es posible obtener un beneficio y es factible que se recompense una incomodidad quizá mayor por precisamente excepcional.

Todo ello, claro está a expensas de que en ambos casos se abonen los viáticos o dietas mediante una cantidad alzada e independiente de los gastos efectivamente realizados.

En cuanto a la doctrina italiana ha de indicarse, en primer lugar, que no es ni mucho menos pacífica la consideración jurídica de la dieta. Así, algunos autores mantienen que estamos exclusivamente ante un reembolso de gastos, mien-

(143) *Op. cit.*, pág. 444

(144) *Manual teórico práctico de Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ediar, 1967, I, pág. 241.

(145) *Op. y loc. cit.*

(146) *Op. y loc. cit.*

(147) *Estudio analítico de la ley del trabajo venezolana*, Caracas, Facultad de Derecho, 1967, I, pág. 757.

(148) *Pozzo: op. y loc. cit.*

(149) Aunque debe recordarse que la tan citada STS 6-2-67 (A/1967, núm. 932) definía la dieta de ambos modos: «perjuicio económico» o «compensación a la mayor dificultad o incomodidad» del desplazamiento.

tras que otros la otorgan naturaleza mixta en función de la modalidad de pago de la misma. Entre los primeros podemos citar a Privitera (150), Guidotti (151) en un primer momento, Cassi (152), Sinagra (153), Mazzoni (154), D'Eufemia (155) y Santoro Pasarelli (156). Entre los segundos, a Di Marcantonio (157).

Ha de decirse que el inicial concepto de retribución (158) ha evolucionado en el sentido ya expresado por Riva Sanseverino (159), de modo que conceptos remuneratorios no retributivos han pasado a ser considerados como tales, realidad a la que no ha sido ajena la dieta o *diaria*. Aunque es cierto, como mantiene Massart (160), que han sido la práctica fiscal y la sindical quienes han forzado el que una parte de la dieta (el 40 por 100 en el convenio colectivo de 10 de junio de 1952, para viajantes de comercio y corredores de plaza dependientes de empresas industriales, por ejemplo) sea considerada como integrante de la retribución, naturaleza mixta, en consecuencia, hoy mantenida por la jurisprudencia italiana (161).

Pero por lo que respecta a la justificación argumental que tal contabilización salarial implica, dos son, idénticos a los analizados cuando se revisó la doctrina latinoamericana, los que se esgrimen; causa además de aquéllos, en cuanto que las citas de autores italianos son allí constantes.

(150) *Il Contratto d'impiiego privato*, Roma, 1952, pág. 102.

(151) «Le indennità corrisposte ai lavoratore ed il loro carattere retributivo», *Dir. Lav.*, 1954, I, págs. 79 y sigs.

(152) *La Retribuzione nell contratto di lavoro*, Milán, 1954, pág. 126.

(153) *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Palermo, 1955, pág. 458.

(154) *Manuale di Diritto del Lavoro*, cit., págs. 562 y sigs., y nota 95 de la página 562.

(155) *Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1963, pág. 48.

(156) *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, Cdej, 1970, 23.ª ed. pág. 108.

(157) *Apuntti di Diritto del Lavoro*, Milán, 1958, pág. 45.

(158) Para una distinción entre retribución, indemnización y reembolso de gastos, véase, además de obras generales, SALVATORE HERNÁNDEZ: «Indagine critica sulla nozioni di retribuzione elaborata dalla Giurisprudenza», *Riv. Dir. Lav.*, 1963, primera parte, págs. 150 y sigs., en especial, págs. 165-173; VIZENCI: «Sulla distinzione tra retribuzione e rimborsi spes», *Mass. Giur. Lav.*, 1960, pág. 302; PERETTI-GRIVA: «Il concetto di retribuzione ed il rimborso spese di vitto e di alloggio», *Mass. Giur. Lav.*, página 260.

(159) *Supra*, pág. 15.

(160) «Le indennità di transferta e di missione di fronte alla retribuzione», *Riv. Giur. Lav.*, 1963, I, pág. 54. Igual LUISA RIVA SANSEVERINO: «Il contratto individuale di lavoro», *Tratatto di Diritto del Lavoro*, dirigido por UMBERTO BORSI y FERRUCCIO PERGOLES, Padova, Cedam, 1958, págs. 201-202.

(161) Para una comprobación de lo afirmado en el texto, véase *Manual de Casistica Giuridica*, cit., págs. 2831 y sigs; *Il Diritto del Lavoro nell'elaborazione Giurisprudenziale*, cit., epígrafes núms. 221, 232, 253, 101, 158, 186, 327, 333 y 350.

Así, algunos autores, como Pieri, sostienen que el abono de gastos mediante el procedimiento *forfaitario* «puede lograr que el trabajador consiga un lucro a base de mantener los gastos por debajo de la suma prefijada; ésta es entregada para gastos que son efectivamente necesarios, pero que sirven al mismo tiempo para procurar una mayor utilidad al trabajador» (162); mientras que otros, como Guerreri y Greco (163), entienden que la dieta «viene a cubrir el doble fin de gratificar al trabajador por la prestación más gravosa que debe realizar, y a reembolsarlo de los gastos de subsistencia que se ve obligado a realizar fuera de su domicilio habitual». Ghidini (164), por su parte, aduce el daño material y moral causado al trabajador constreñido al desplazamiento en el desenvolvimiento de su trabajo.

Igualmente, algún otro autor, como De Litalia (165), distingue, en el seno de la dieta, dos diferentes cuotas o partes —que son, claro está, las que determinan su naturaleza mixta— a las que denomina *dieta en sentido propio* o aquella «parte... destinada a cubrir los gastos», y *dieta impropia*, o en sentido impropio, «que es la correspondiente al trabajador por una prestación más gravosa de la estipulada», clasificación ésta, como se recordará, ya mencionada con anterioridad.

Junto a estas posiciones otras se manifiestan ambiguas y oscilantes. Así, el más claro ejemplo —y más significativo por su altura científica—, Franco Guidotti, mantiene en 1954 (166), que la dieta es un mero reembolso de gastos, para afirmar en 1956 (167) que «es sólo parcialmente un reembolso de gastos y que, por tanto, una parte de ella tiene carácter retributivo que se resuelve en una verdadera y propia utilidad para el trabajador», y sostener, en cambio, en 1971 (168), que «ahora aparece la tendencia (no sabemos en qué fundamentada) a entender a fin de la imposición fiscal de la cotización a la Seguridad Social que la dieta es por un 50 por 100 auténtico reembolso de gastos y por el 50 por 100 restante retribución». Y esto lo afirma cuando en su obra monográfica acerca del salario había justificado su naturaleza mixta y combatido otro argumento doctrinal según el cual la dieta gozaba parcialmente de naturaleza retributiva por cuanto el trabajador trasladado realizaba los gastos de sustento y alojamiento mediante la dieta, ahorrando así la parte del salario que, de permanecer en su domicilio, habría de haber destinado a tales menesteres (169).

(162) *Op. cit.*, pág. 2772.

(163) *Op. cit.*, pág. 428.

(164) MARIO GHIDINI: *Diritto del Lavoro*, Padova, Ccdam, 1973, pág. 280.

(165) *Op. cit.*, pág. 305.

(166) «La indennità corrisposte...», cit., págs. 79 y sigs.

(167) «La Retribuzione nel Rapporto...», cit., pág. 316.

(168) «La Retribuzione...», cit., pág. 376, nota 80.

(169) «Tal carácter... no deriva del hecho de que, la utilización de la dieta para el sustento y el alojamiento durante el traslado, reduzca notablemente los gastos que

En cuanto a la forma de pago de la dieta, de algún modo determinante de su consideración mixta, es importante reproducir la opinión de De Litalia, para quien «no cambia la solución de la cuestión (naturaleza jurídica de la dieta) el caso en que el reembolso de los gastos se determina *a piedi di lista*. Consideramos que tal hecho no tiene influencia, que constituye una modalidad de pago, pero no cambia la naturaleza jurídica indicada de la dieta, permaneciendo inalterable la circunstancia de que, también mediante el reembolso tras la justificación de gastos, los de manutención vienen pagados igualmente por el empleador y constituyen, por tanto, un complemento del sueldo» (170).

Esta posición es criticada por Guidotti (171), al mantener que la retribución que de la dieta pudiera derivarse procede «de que la cuantía de la *diaria* sea fijada en términos tales que permita un margen de beneficio una vez realizado el pago de los gastos normales de alimentación, alojamiento y accesorios».

De lo dicho se deduce que una parte importante de la doctrina italiana es partidaria de considerar parcialmente retribución a la dieta, agrupándose en dos grandes sectores: el referido a un beneficio marginal obtenido —u obtenible— por el trabajador mediante el juego ingresos-gastos y aquel otro que pone el acento en la necesidad de recompensar o aventajar al trabajador por causa de la incomodidad o molestias que el desplazamiento (*trasferta*, que no *transferimento*) suponen, junto a posiciones que extremando los planteamientos aún consideran partícipes de esa doble naturaleza a las cantidades abonadas por el empleador, previa justificación de gastos del trabajador.

4.2. *Recapitulación y consideraciones de Derecho español.*—De todo lo anterior parece deducirse la presencia de tres grandes tesis en orden a esta cuestión, según las cuales, y en sede teórica —el descenso a la realidad plantearía otros problemas, por ejemplo, que los gastos de alojamiento ha de pagarlos el trabajador en todo caso (el canon arrendaticio suele ser mensual, igual los gastos comunales que origina el régimen de propiedad horizontal, con independencia de la utilización, más o menos intensa, que se realice sobre los derechos que otorgan a sus titulares)—, aun produciéndose en todo caso un beneficio marginal para el trabajador éste procede de diversos conceptos.

Así, una primera hipótesis parte de lo siguiente: la dieta cubre los gastos que el trabajador realiza fuera de su domicilio, y aun éste puede obtener un beneficio.

Esto es: dieta — gastos = beneficio.

Sin embargo, el trabajador no emplea, al hacerlo el empleador, una parte de su salario en atender sus necesidades de alimentación y alojamiento, en su caso, durante ese o esos días. De modo que obtendría un nuevo beneficio, adi-

el trabajador realiza en su propia residencia, para la satisfacción de estas elementales necesidades» («La Retribuzione nel Rapporto...», cit., pág. 316).

(170) *Op. cit.*, pág. 306, *in fine*.

(171) «La Retribuzione nel Rapporto...», cit., pág. 316.

cional al anterior, o aquella cuota salarial destinada a unos gastos que, al fin, no llegan a realizarse.

De donde la situación quedaría como sigue:

Dieta — gastos = beneficio ₁

Cuota salarial no aplicada = beneficio ₂

Esta posibilidad exige la concurrencia de dos requisitos:

- Que la cuantía de la dieta sea superior a los gastos realizados.
- Que el abono de la misma sea realizado mediante el sistema de cantidad alzada.

Una segunda posición (De Litalia) trataría de englobar a la anterior, pero introduciendo variantes al objeto de no negar naturaleza retributiva a la dieta en aquellas ocasiones en las cuales no concorra ninguno de los dos requisitos exigidos.

Esto es: que la dieta cubra exactamente el importe de los gastos por ser abonada mediante el procedimiento de su previa justificación al empleador (*a piedi di lista*). En este caso:

Dieta = gasto

de donde que el único beneficio que el trabajador obtendría sería que la cuota salarial, inicialmente destinada a cubrir los gastos que la dieta reembolsa, es susceptible de ahorro.

Sin embargo, es objetable que la dieta pueda reunir la doble naturaleza que se viene estudiando en cuanto que al cubrir en su totalidad y exactamente los gastos y no permitir practicar en ella división alguna es imposible considerarla salario, siquiera sea parcialmente, salvo que se recurra a entender que por el hecho de ser el empleador quien, en definitiva, cargue con esos gastos devienen en salario.

Pero aun así y concediendo que ello pudiera ser cierto (172) ¿por qué entonces no considerarla totalmente salario? ¿Cómo fraccionarla en dos cuotas de diferente naturaleza jurídica? ¿En base a qué criterios?

Naturalmente el problema no se plantea cuando la dieta es reembolsada mediante la modalidad de cantidad alzada que reconduciría al sistema anterior.

Por último, la tesis de los mayores gastos según la cual la dieta vendría a cubrir la diferencia existente entre la cuota del salario que el trabajador habría de aplicar en su domicilio al alojamiento y la manutención, y los gastos efectivamente realizados superiores a los que podría sufragar esa cuota salarial.

Esto es: dieta = gastos — cuota salarial (173).

(172) «... y, de todos modos, en aquellos casos que comprende el mantenimiento del trabajador, debe, según criterio de justicia, ser computada como verdadera y propia correspondencia» (DE LITALIA: *op. cit.*, pág. 306. El subrayado es nuestro).

(173) Aunque con la expresión *cuota salarial* expresamos aquella cantidad que el

De donde que si la fórmula persiste tal y como la hemos enunciado sea imposible hablar de beneficio alguno inexistente como se desprende de la misma. Luego sólo acudiendo a la tesis de una ventaja o recompensa a sumar a la diferencia establecida, es decir:

Dieta = (gastos — cuota salarial) + ventaja
 sería factible mantener la posibilidad de enriquecimiento y de ahí la naturaleza mixta de la dieta. Ventaja que, como mantiene una parte de la doctrina (dieta impropia o en sentido impropio), únicamente puede ser causada por la incomodidad o mayor dificultad o esfuerzo que el desplazamiento acarrea.

En nuestro Derecho el Tribunal Supremo se ha pronunciado en una ocasión sobre la posible naturaleza mixta de la dieta. En la sentencia de 22 de febrero de 1943 (174) afirma, en su primer considerando, que «el resultado del modo de administrar el importe de la dieta en que el recurrente se fija para deducir la posibilidad de 'ganancia' es ajeno a la idea de salario pactado; responde a las de ahorro o falta de él, pero no trasciende el concepto 'ganancias del trabajo'», añadiendo, en el segundo, que «corroboración el antedicho razonamiento la observación de que tales dietas se devengan eventualmente, sin predeterminación de días en que el devengo podía suceder; no pasaban de la categoría de posibles...; imposible fijar su número *a priori*, circunstancias todas que excluyen el principio de 'normalidad' exigido en el apartado a) de los artículos 22 de la Ley y 37 del Reglamento de Accidentes del Trabajo señalado como norma para precisar lo que se ha de tener como salario».

En esta ocasión el Tribunal Supremo es cauto y evita trascender el concepto de salario de la legislación de accidentes más allá de su propio ámbito (aunque de forma suficientemente ambigua, en tanto que no matiza si «lo que se ha de entender como salario» es o no a efectos de las normas que cita). Sin embargo, ofrece un concepto de *normalidad* criticable en cuanto que —y aunque nosotros entendemos que tal exigencia no debe de traspasar los límites de la norma que la invoca— uno de sus caracteres, la posibilidad de fijar *a priori*, dice la sentencia, el número de días es inoperante absolutamente al igual que la posibilidad

trabajador habría de extraer de su percepción a fin de hacer frente a sus gastos de manutención y alojamiento, es evidente que:

1.ª) Esa cuota es parte de la percepción total neta (PTN), y, por tanto, solo proporcionalmente salario, o en la medida en que éste acreza aquélla $(PTN = [(SM + CS) + CE] - D)$, según la formulación de LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL: *Esquemas...*, cit., I, págs. 361-362).

2.ª) Los gastos de alojamiento, como ya hemos indicado, y a diferencia de los de manutención del trabajador, los habrá de, generalmente, realizar en todo caso, por cuanto que la renta de los arrendamientos o los gastos que causa la propiedad horizontal, se devengan con independencia de la utilización, mayor o menor, más o menos intensa, que de los derechos que el arriendo o la propiedad del inmueble se realice.

(174) A/1943, núm. 219.

de los desplazamientos. Porque si un trabajador, por enfermedad, ha de ser sustituido por otro en su puesto de trabajo (penoso, tóxico, peligroso, etc.), éste desconoce qué número de días *a priori* va a percibir un complemento salarial por puesto de trabajo; de igual modo que, antes de la enfermedad, y para el supuesto de que ese puesto fuera, además, de categoría superior y el sustitutivo figurara, por la suya y el lugar que ocupara en la empresa, como llamado a la sustitución, tampoco podría conocer con certeza en qué momento se produciría la sustitución, y aun si llegaría a plantearse. Y, desde luego, nadie podría negarle su derecho a incrementar *salarialmente* su percepción total en tanto se prolongase la sustitución.

De otra parte, la doctrina sentada por esta sentencia, repitamos que única en su género, solo sería susceptible de ser aplicada en aquellos desplazamientos que hemos venido denominando *por necesidades del servicio*, inhabituales y excepcionales por su propia esencia, pero no en aquellos otros causados por la *naturaleza* misma del trabajo contratado, en cuyo caso no sólo es habitual, sino también normal, el realizar una o ambas comidas principales, fuera del domicilio habitual o del centro de trabajo. Aunque para estos supuestos ya se ha visto cómo el Tribunal Supremo parece inclinarse por otro camino que, aunque formalmente parece conducirnos al tema de gastos de explotación (175), en realidad, y por su articulación con la cifra de negocio para el empleador producida, más señala hacia una retribución a comisión con un mínimo garantizado y fijo (salario mixto). De todos modos, éste es un terreno resbaladizo en cuanto que sólo disponemos de una sentencia que, por su especialidad además, no puede generalizarse.

Por último, es conveniente incidir en otra cuestión de no menor importancia, cual es el origen de la diferencia, a favor del trabajador, dieta-gastos efectivos (176).

En efecto, no podemos plantear el problema de igual modo si esa ganancia marginal procede de la recompensa o ventaja por un mayor esfuerzo o incomodidad, u otras causas. Porque en el primer caso, nos encontramos *ante*, a diferencia de otros como disimilitud entre el precio presunto y el real de las cosas a adquirir por el trabajador, posibilidad de ahorro, etc., *una entrega, a título de ganancia, ventaja, gratificación, premio, etc.*, por parte del empleador de determinada cantidad que, si bien no se realiza de forma líquida y determinada, sino

(175) *Supra*, pág. 31 y sigs.

(176) «El salario... no es solamente el 'lucro' de una actividad profesional, sino la indemnización de un 'daño emergente'. Desde el punto de vista del trabajador, si aquellas dietas eran complemento de su ganancia, resultará admisible que se le diera aquel carácter (de salario); mas si su objeto era satisfacer dispendios por salidas, gastos de residencia, viajes, etc., no tiene sentido la equiparación» (EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Salarios...*, cit., pág. 62).

previa una operación aritmética, y cuya cuantía no tiene por qué ser siempre la misma, no por esa aleatoriedad queda privada de la naturaleza que posea.

Ya el Tribunal Supremo planteó esta doble alternativa en su principal sentencia definidora del concepto de dieta, tantas veces mencionada, de febrero de 1967, por lo que la vía queda teóricamente abierta a un intento de interpretación progresiva del artículo 37 de la ley de Contrato. De otra parte, las Ordenanzas de Trabajo plantean, en algunas ocasiones, y abren a su vez, vías que podrían corroborar lo aquí expuesto. Así, la de *Construcción, Vidrio y Cerámica* (177), cuyos convenios colectivos fijan una cantidad determinada en concepto de dieta (178), establece curiosamente en su artículo 146, 5.º, que el trabajador podrá solicitar *anticipos* sobre aquélla en los desplazamientos de duración superior a una semana, si bien habrá que justificarlos (179), lo que se nos aparece como incomprensible, como no sea que únicamente se podrá anticipar, como máximo, el equivalente al importe de las dietas, interpretación imposible por impedir la propia Ordenanza en su artículo 99, párrafo 1.º. Por otra parte, para el supuesto de traslados definitivos (artículo 146, 6.º), junto al abono por el empleador de los gastos de desplazamiento del trabajador y de su familia y muebles, etc., se establece la obligatoriedad de entregar el equivalente a cinco dietas (180), como mínimo, por cada persona trasladada. O la de *Industrias del Corcho* (181), que establece en sus artículos 58 y siguientes la obligatoriedad del abono de determinadas cantidades, porcentuales de la cuantía de las dietas, no en concepto de reembolso de gastos, que no se han producido, sino de «indemnización», *además de costear el empleador los de manutención y alojamiento* (artículo 60) u otros conceptos que no especifica (artículo 59), en supuestos de traslados definitivos.

O la de *Limpieza Pública* citada, que ordena para los supuestos en que «las empresas organicen y costeen la manutención y alojamiento del personal desplazado», *sólo satisfaga el empleador* «el 20 por 100 de las dietas establecidas» (182).

O lo de *Industrias de Energía Eléctrica* (183), que establece una doble distinción, *dieta propiamente dicha* (o cantidades destinadas a sufragar los gastos de manutención y/o alojamiento) y *dieta en sentido amplio*, acumulable a la ante-

(177) OM 28-8-1970.

(178) 600 pesetas durante los tres primeros días, y 410 los siguientes; la media dieta será de 125 pesetas en todo caso: Convenio colectivo para la provincia de Madrid, de 5-3-1976, BOPM de 8-3-1976, artículo 26.

(179) Igual la OL de *limpieza pública, riego, recogida de basuras y limpieza y conservación del alcantarillado*, OM 1-12-1972, artículo 112, 5.º

(180) Igual OL *limpieza pública...*, cit., art. 112, 6.º

(181) OM 15-4-1972.

(182) El subrayado es nuestro. Igual la OL *Construcción...*, cit., artículo 148 *in fine*; *Industrias del corcho*, cit., artículo 59.

(183) OM 30-7-1970, artículo 20.

rior y abonable como «compensación» de los perjuicios o molestias que el desplazamiento causa al trabajador.

Nótese que nos estamos refiriendo a desplazamientos y no a traslados, es decir, salidas breves, accidentales y esporádicas, lo que es importante mantener en primer término porque si bien en el segundo supuesto (traslados) podemos mantener que nos hallamos ante indemnizaciones, no así en el primero (desplazamientos), en donde se trata de —la última Ordenanza citada lo dice claramente— *compensar* al trabajador (184).

Sin embargo, estas son, ciertamente, excepciones a la regla general. A pesar de todo están ahí y son susceptibles de interpretación diferente a la constantemente establecida por la doctrina científica y la jurisprudencia. Interpretación dirigida ...contra el tenor del artículo 3, a) del decreto de Ordenación del Salario de 1973 y del 4 de la orden de 22 de noviembre de 1973, que lo desarrolla—, progresivamente, a considerar a la dieta parcialmente percepción salarial vía *conceptos semejantes* del artículo 37 de la ley de Contrato de Trabajo, y sobre la base de la existencia de un real beneficio para el trabajador desplazado, y cuya cuantía bien podría ser determinada por las partes, individual o colectivamente, bien en forma de presunción y porcentualmente sobre la totalidad de la dieta, bien previa justificación y prueba de la ganancia obtenida al empleador, o el órgano judicial en su caso. Procedimiento este más complicado, pero de mayor coherencia, de un lado, con el origen del beneficio y, de otro, con la realidad del mismo.

B) *Distinción de figuras afines*

Del conjunto del análisis anterior acerca de la naturaleza jurídica de la dieta, se desprenden los presupuestos básicos (provisionales) que la definen y que, sin perjuicio de volver sobre ellos en profundidad y de modo individualizado, pueden ser sintetizados como sigue: a) desplazamiento del trabajador; b) a instancias del empleador, y c) temporal; debiéndose mencionar junto a ellos dos notas conexas a los mismos, cuales son la accidentalidad del desplazamiento y la referida a los gastos que la dieta cubre, con exclusión de cualesquiera otros.

De donde que sólo la concurrencia de todos ellos, cumulativamente, determine que podamos hablar de dietas, en tanto que la falta de alguno puede causar la aparición de figuras afines que, dando o no lugar a entregas de cantidades dinerarias en otros conceptos (indemnizaciones o también reembolsos), gozan de su propia singularidad, aun manteniendo ciertos rasgos comunes con la dieta.

(184) El D 156/1975, de 30 de enero, establece en su artículo 7 una igualmente clarísima distinción entre la *dieta* («cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial...») y la *indemnización especial* («compensación que se otorga al funcionario por daño, perjuicio o gastos extraordinarios que impliquen determinadas comisiones»).

De este modo, o mediante el juego de esos presupuestos básicos y su ausencia, podemos distinguirla de figuras afines, pero jurídicamente distintas.

1. *Traslados*

El artículo 22 de la ley de Relaciones Laborales distingue entre desplazamientos y traslados (185): son *desplazamientos* aquellos que exigiendo cambio de residencia a población distinta de la habitual, son de duración inferior a un año y se causan por razones técnicas, organizativas o de producción; son *traslados*, en cambio, los desplazamientos de duración superior a la indicada.

Junto a ellos, las Ordenanzas Laborales establecen la categoría de los *desplazamientos accidentales* o los que dan lugar propiamente a la dieta (186).

De otra parte, algunas Ordenanzas, vía presunción, entienden que los desplazamientos accidentales serán considerados definitivos (o traslados de la ley de Relaciones Laborales) cuando su duración sea superior a un mes (187), tres meses (188) o un año (189).

Naturalmente, estas clasificaciones tan variadas habrán de ser armonizadas con la ley de Relaciones, en cuanto que, en algunos casos, un desplazamiento por tiempo superior a tres meses, pero inferior a un año, al considerarse por la Ordenanza correspondiente definitivo, implica el no derecho a dietas, en tanto que la ley de Relaciones Laborales le mantiene, mientras no exceda su duración del tiempo de un año mencionado (190).

Pues bien, en estos casos la dieta sólo se devengaría en los desplazamientos accidentales (Ordenanzas Laborales) o de duración inferior a un año (ley de Relaciones Laborales), mientras que en los traslados estaríamos ante indemnizaciones por los mismos, en unos casos (191), combinados a veces con la reduc-

(185) En terminología de TOMÁS SALA FRANCO (*La movilidad del personal dentro de la empresa*, Madrid, Tecnos, 1973, págs. 61 y sigs.), *traslado*, *traslado impropio* y *desplazamientos temporales*.

(186) *Bebidas refrescantes*, cit., artículo 26; *Cajas de Ahorro* (OM 27-9-1950), artículo 57; *Industrias fotográficas* (OM 24-1-1972), artículos 41-42; *Empresas de publicidad* (OM 20-2-1975), artículo 42; *Minas metálicas* (OM 5-11-1974), artículo 54; *Industrias de alimentación* (OM 8-7-1975), artículo 29, etc.

(187) *Refino de petróleos* (OM 1-12-1971), artículo 97, 2.

(188) *Construcción...*, cit., artículo 146, 6.º; *Limpieza pública...*, cit., artículo 112, 6.º; *Siderometalúrgica* (OM 29-7-1970), artículo 82; *Industrias de alimentación* (OM 8-7-1975), artículo 16, c).

(189) *Industrias del corcho*, cit., artículo 57.

(190) La exigencia de *cambio de residencia* no altera el concepto de desplazamiento accidental, por cuanto, primero, éstos pueden cumplimentarla sin dificultad, aunque el supuesto no sea el normal; y, segundo, alguna jurisprudencia mantiene que la residencia del trabajador es, precisamente, el centro habitual de trabajo [*infra*, capítulo III, A), 1].

(191) *Construcción...*, cit., artículo 146, 6.º, párrafo 2.º; *Bebidas refrescantes*, cit.,

ción de la cuantía que por dietas se devengaría, caso de ser temporal o desplazamiento propiamente dicho (192), junto al abono de otras cantidades en concepto de gastos de desplazamiento del trabajador, su familia y enseres.

Por ello, la ausencia de los presupuestos *c)* (temporal) y *b)* (a instancias del empleador), en su caso (193), da lugar a indemnizaciones por el traslado, y al reembolso de cantidades suplidas por el trabajador por el viaje y la mudanza de su mobiliario y enseres, pero no a dietas o reembolso por gastos de manutención y alojamiento.

Interesa explicitar, aunque sólo posea una importancia colateral ahora, que esas indemnizaciones suelen denominarse legalmente *gratificaciones* o *compensaciones* (194), calculándose en función de un número de dietas por cada una de las personas trasladadas: sin embargo, su naturaleza indemnizatoria (en el sentido dicho *supra*) es indiscutible.

2. Artículo 15, párrafo 2.º, de la ley de Contrato de Trabajo

El párrafo 2.º del artículo 15 de la ley de Contrato dice que «la indemnización por gastos de traslado del trabajador al lugar donde haya de ser empleado podrá ser exigida por éste al empresario solamente si así se hubiera convenido expresamente o estuviere establecido en normas legales de trabajo».

De este tenor podría cuestionarse, en primer lugar, si esos *gastos de traslado* se refieren a los de transporte únicamente o si, además, hacen referencia a los de manutención, y alojamiento, en su caso, del trabajador. En segundo, si esos gastos pueden considerarse parcialmente dietas, según las hemos configurado hasta el presente.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse ni una sola vez, desde 1944, sobre ella. Pérez Botija (195) mantiene que el trabajador podrá exigir del empleador el pago de los gastos cuando «al ofrecerse el empleo se haga constar el pago del billete y dietas o cuando los reglamentos generales de trabajo o los reglamentos de

artículo 27, párrafo 3.º; *Fotográficas*, cit., artículo 40, 2, b); *Empresas de limpieza. Edificios...*, cit., artículo 22; *Limpieza pública...*, cit., artículo 112, 6.º, párrafo 2.º; *Oficinas y despachos* (OM 31-10-1972), artículo 74, b), párrafo 1.º; *Prensa* (OM 23-3-1971), artículo 41, párrafo 5.º; *Químicas* (OM 24-7-1974), artículo 32.

(192) *Refino de petróleos*, cit., artículo 82, último párrafo; *Industrias del corcho*, cit., artículo 59.

(193) En los traslados *voluntarios*, o a petición del trabajador, las Ordenanzas no conceden derecho a indemnización alguna, ni a dieta caso de ser inferior a un año. Tampoco en los supuestos de *permuta* de trabajadores a petición de ellos mismos.

(194) Excepción serían las OL de *Químicas*, cit., artículo 32, 1.º; *Minería del carbón* (OM 29-1-1973), artículo 43, párrafo 2.º; *Industrias de alimentación*, cit., artículo 16, a).

(195) *El contrato de trabajo*, cit., pág. 87 por ambas citas.

régimen interno de las empresas lo consignent», en tanto que «el hecho de que un trabajador se desplace de su residencia, bien por decisión propia o porque la Oficina de Colocación le indique que existe una vacante de su oficio en determinado lugar, no le da derecho a reclamar de la empresa el importe del viaje» (196). Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo que cita Pérez Botija (197) no es de aplicación al tema, en cuanto que se refiere al traslado del trabajador una vez iniciado el trabajo, supuesto distinto del que contempla el artículo 15, párrafo 2.º, de la ley de Contrato, o traslado al lugar donde habrá de comenzarse prestación de los servicios.

La distinción entre ambos casos es fecunda: porque en el primero de ellos esos gastos de traslado será exigibles en tanto reúnan los requisitos que la legislación (general, sectorial y profesional) exige en cada momento, pues no en vano nos hallamos ante traslados (comprensivos, creemos, de desplazamientos) a instancias del empleador y una vez iniciada la prestación laboral. De modo que el reembolso cubrirá exactamente la parte que la ley decida o las respectivas reglamentaciones, ordenanzas o reglamentos de régimen interior establezcan. El tema no presenta especialidad alguna en orden a si las dietas se hallan o no comprendidas en ese enunciado de *gastos de traslado*.

Por lo que hace a la segunda, o gastos realizados por el trabajador al desplazarse «al lugar donde haya de ser empleado», al especificar la ley de Contrato, igual que la de 1931 en su artículo 19, que sólo serán exigibles «si así se hubiere convenido expresamente o estuviere establecido en normas legales de trabajo», es evidente que nos encontramos, a su vez, ante dos supuestos diferentes: uno, que el trabajador, por su propia iniciativa, se traslade a localidad distinta en busca de trabajo; otro, que se contrate a un trabajador para que preste sus servicios en localidad diferente a la de su domicilio habitual. En ambos casos, no obstante, nos hallamos ante el tenor de lo que empleador y trabajador pactaren.

Porque, en el primero, el empleador no ha de reembolsar unos gastos realizados por el trabajador en su propio beneficio (encontrar empleo), salvo que, una vez realizado el contrato de trabajo, aquél haga constar en el mismo que los reembolsará; reembolso, en todo caso, potestativo. Y, en el segundo, igualmente, se habrá de estar a lo pactado, puesto que únicamente si en el contrato se convino que el empleador se hiciese cargo de los gastos, el trabajador podría reclamárselos.

Como se ve, el tema ha de ser enfocado desde una perspectiva contractualista, reduciéndose, caso de exigirse el reembolso, a un problema de incumplimiento contractual y su prueba, salvo que, como dice la ley de Contrato de Trabajo, «normas legales» impongan otra cosa.

Por último, habría de matizarse a Pérez Botija que cuando la Oficina de Colocación indica a un trabajador la existencia de un puesto de trabajo en deter-

(196) Igual HINOJOSA: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 67.

(197) STS 27-3-36 (A/1936, núm. 872).

minada localidad, *no siempre* éste habrá de sufragarse los gastos propios del traslado, en cuanto que sería factible que el empleador, al hacer saber a la oficina de la vacante, se obligara, unilateralmente, a reembolsar los gastos a que diera lugar el traslado del trabajador que acudiera solicitando el empleo. En esta ocasión nos encontraríamos, de la misma forma, ante un incumplimiento contractual, o cumplimiento, sometido a las condiciones que el empleador, que se obligó (unilateralmente) al reembolso, fijara, caso de hacerlo: necesidad de que efectivamente empleara al trabajador, etc.

Todo ello conduce a concluir que, si bien es factible que el trabajador sea reembolsado por los gastos que el traslado implique, tal reembolso es diferente, jurídicamente, al que la dieta significa, aunque en ambos casos el empleador acuda al pago de cantidades empleadas por el trabajador en, exactamente, las mismas cosas. Porque la dieta, o mejor, el desplazamiento a que da lugar la dieta, exige, de un lado, un contrato de trabajo vigente y un desplazamiento por causa del mismo (lo que puede darse aquí, caso de celebrarse el contrato previamente al desplazamiento), pero además que ese desplazamiento no se realice para iniciar por vez primera el trabajo, sino para continuarlo, pero en lugar distinto del habitual, es decir, que el trabajador sea desplazado —y no trasladado— por necesidades del servicio, no porque, caso de no realizarse el traslado, no podría prestar sus servicios en modo alguno. En definitiva, en el caso de dietas, estaríamos ante un desplazamiento con un contrato de trabajo ya perfeccionado, mientras que en el caso del artículo 15, párrafo 2.º, de la ley de Contrato, ante un desplazamiento sin el cual no puede haber tal perfección.

3. Artículo 15, párrafo 3.º, de la ley de Contrato de Trabajo

El supuesto es parcialmente semejante al anterior. Sin embargo, aquí nos encontramos, en todo caso, ante la falta de un contrato de trabajo que vincule a empleador y trabajador, consideración que por sí sola resuelve el problema.

Sin embargo, de igual modo que en el caso anterior la solución a las eventuales controversias que pudieran plantearse nos llega vía pacto entre las partes, en cuanto que es posible que se convenga que, se celebre o no el contrato, el empleador reembolsará los gastos a que diera lugar el traslado, aunque resolviendo la norma la *duda* que pudiera existir al respecto en favor del trabajador («deberá [el empleador] suplirle los gastos hechos justificadamente al efecto»).

No obstante, también es legalmente posible, como señala Pérez Botija (198), que el empleador invite «al trabajador a efectuar el viaje por su cuenta y riesgo», invitación que, como se ha dicho, caso de no poderse probar por aquél en esos términos, habrá de ser presumida en sentido contrario, resolviéndose a favor del trabajador.

(198) *El contrato de trabajo*, cit., pág. 88.

4. Pluses de transporte y distancia

Aun cuando la dieta se diferencia con toda claridad de los pluses de distancia y transporte, no es de más señalar ahora brevemente las notas que separan a aquélla de éstos.

En primer término, se ha de indicar que se entiende por *plus de distancia* «la cantidad que, de acuerdo con esta disposición, perciba el trabajador por los recorridos que tenga que hacer a pie o en medios de transporte no facilitados por la empresa para acudir al trabajo, por hallarse el centro laboral u obra en que deba prestarlo a más de dos kilómetros del límite del casco (urbano) de la población de su residencia» (199), y por *plus de transporte* el percibido por los trabajadores «que habitualmente utilicen para acudir a su centro de trabajo un medio de transporte que tenga carácter de servicio público urbano, suburbano o interurbano, cuya tarifa haya experimentado algún aumento desde el primero de enero de este año (1958) o la experimente mientras se halle en vigor la presente orden y vivan fuera del radio de un kilómetro de dicho centro (200).

Partiendo de estos conceptos y del que de dieta hemos hasta el presente manejado, la distinción entre ésta y aquéllos es triple:

a) el *desplazamiento* que da lugar a la dieta es un desplazamiento accidental, en tanto que los pluses de distancia y transporte cubren, en ambos casos, desplazamientos habituales (201);

b) la *localización inicial* del desplazamiento que origina la dieta es el propio centro de trabajo (202), mientras que en el caso de los pluses sería el domicilio del trabajador;

c) los *gastos* que cubre la dieta son de manutención y alojamiento, mientras que los pluses de referencia reembolsan los causados por la necesidad de utilizar medios de transporte para acudir al lugar normal de trabajo.

De donde que resulta palmaria la diversa entidad de ambas instituciones, a pesar de lo cual las mayores confusiones, y así lo confirma la práctica, se dan entre ellas (203).

No es preciso decir que el devengo de tales pluses es *incompatible* con el de dietas en cuanto que éstas se originan por desplazamientos del centro de

(199) OM 10-2-1958 (Ministerio de Trabajo), artículo 2, párrafo 1.º La OM 4-6-1958 (Ministerio de Trabajo) complementa la anterior.

(200) OM 24-9-1958, artículo 3, párrafo 1.º

(201) *Infra*, A), 1. y A), 1.1.c.

(202) *Infra*, capítulo III, A), 1.1.a.

(203) Así, en la doctrina, PÉREZ BOTIJA (*El contrato de trabajo*, cit., pág. 144) al decir «el plus de distancia o dietas de viaje».

trabajo habitual a otro que no lo es, como más adelante se verá, nota que aquí, por definición, no concurre.

II. TIPOLOGIA

No siempre que el trabajador se desplaza recibe, en concepto de dieta, la misma percepción, sino que la cuantía de ésta puede ser variable en función de la concurrencia de todos o algunos de los siguientes elementos:

1. *Gastos de desplazamiento*.—Entendiendo por tales, en este momento, si éste trae como consecuencia la necesidad de que el trabajador realice, fuera de su residencia habitual, una o las dos comidas principales o también haya de pernoctar en el lugar al que ha sido desplazado.

2. *Lugar de desplazamiento*.—Que se desdobra en: dentro del mismo municipio, a diferente término municipal, a distinta provincia y fuera del territorio nacional.

3. *Modalidad de pago de la dieta*.—Esto es, si mediante una cantidad alzada e independiente de los gastos efectivos, y previamente determinada, ya *ex lege*, ya pactada individual o colectivamente, previa justificación de gastos al empleador o en forma mixta.

Esta clasificación nos va a permitir acercarnos, sistemáticamente, al casuismo normativo que en la materia impera, regulada desde las reglamentaciones y ordenanzas y sometida, en consecuencia, a las características específicas de cada rama de la producción. A la vez [caso del elemento *b*)] nos plantea cuestiones de indudable interés que, si bien enunciarnos aquí, desarrollaremos en el capítulo posterior por enlazar directamente con la problemática allí analizada.

En efecto, la ley de Contrato de Trabajo únicamente establece, en su artículo 75, que «el empresario está obligado: ... 4.º. A reintegrar al trabajador de los gastos suplidos por éste, indispensables para la ejecución del trabajo». Igualmente, el decreto de Ordenación del Salario de 1960, redacción de 1962, afirma en su artículo 4.º, 4, que no formarán parte del salario «las cantidades que se abonen en concepto de dietas», y el de 1973 mantiene esta posición en su artículo 3, apartado *a*), al reiterar que quedarán desprovistas de naturaleza salarial las «indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador, como consecuencia de su actividad laboral». De donde que se haga preciso descender en el rango normativo, al objeto de aprehender algo más que la naturaleza extrasalarial de la dieta, única preocupación —como es natural en normas definidoras del salario— de aquéllas.

Se ha de hacer constar que, obviamente, hemos caracterizado los tres elementos anteriores en función de la naturaleza jurídico-laboral del vínculo contractual que une a trabajador y empleador. Y la aclaración se hace precisa

porque, por lo que a los funcionarios públicos respecta (204), existen algunas especialidades —más nominales que reales— que pueden quedar resumidas, brevemente, como sigue:

a) Se entenderá por *comisión de servicio* aquel desplazamiento fuera del término municipal donde radique la residencia oficial del funcionario, que no se prolongue por más de un mes en territorio nacional o de tres en el extranjero (artículo 2, DIF).

b) Se entenderá por *residencia eventual* la del funcionario cuando el desplazamiento sea de duración superior a la indicada en el apartado anterior. Los *destacamentos* de los funcionarios militares se considerarán, a todos los efectos, al igual que los *cursos* de capacitación, especialización o ampliación de estudios realizados en virtud de orden expresa, constitutivos de cambio eventual de residencia (artículo 7, 2, DIF).

c) Se entenderá por *traslados* los cambios forzosos de residencia, ya a lugar distinto del territorio nacional, ya al extranjero, y situaciones que se asimilan, impropiaamente algunas (jubilación del civil o pase a la situación de reserva del militar, por ejemplo), a los mismos (artículo 20 y sigs., DIF).

d) La comisión de servicio da lugar al devengo de una cantidad denominada *dieta* (funcionarios civiles) o *plus* (funcionarios militares), caracterizada por ser un concepto residual de la indemnización por residencia eventual («Dieta es la cantidad que se devenga... cuando a la comisión no se le otorgue la indemnización de residencia eventual», artículo 7, 1, DIF).

e) Las comisiones de servicio en territorio nacional o en el extranjero, de duración superior a uno y tres meses, respectivamente, las que se prevean de larga duración, y cuantas determine expresamente el DIF, darán lugar a una *indemnización de residencia eventual* (artículo 7, 2, DIF) cuya cuantía máxima será el 80 por 100 de la dieta (artículo 12, DIF).

f) Los traslados darán lugar, frente a otros devengos, a una *indemnización* equivalente a seis dietas por cada miembro que teniendo derecho a ellas se traslade (artículos 20 y sigs., DIF). Igualmente, los funcionarios tendrán derecho a una *indemnización especial* en «compensación... por daño, perjuicio o gastos extraordinarios que impliquen determinadas comisiones» (artículo 7, 4, DIF).

g) Las *asistencias* a sesiones de juntas, consejos, comisiones y organismos similares (artículos 27 y sigs., DIF), y los *derechos de examen* (arts. 29 y sigs., DIF), se configuran como dietas por día, aun denominándose «indemnizaciones» en el primer caso, y simplemente «derechos» en el segundo.

h) La cuantía de estas percepciones se determina por el propio DIF (anejos I, II y III), que establece la de la dieta como *módulo base*, a excepción de

(204) Cuya norma básica sería el D 156/1975, de 30 de enero, de Indemnizaciones de Funcionarios Públicos por razón de su servicio (DIF en adelante).

los derechos de examen, cuya cuantía es porcentual no de aquélla, sino de lo ingresado por este concepto y satisfecho por los opositores y concursantes. En cuanto a los *anticipos* y *justificaciones* de gastos, habrá de estarse a lo dispuesto en la Orden de 30 de octubre de 1975 (*Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda*, 12 de noviembre de 1975).

A) *Dieta. Media dieta*

En función de los gastos de desplazamiento (205), las Reglamentaciones y Ordenanzas establecen una doble clasificación, *dieta* y *media dieta*, caracterizada, de un lado, por la ya indicada falta absoluta de definición jurídica, limitándose a regular los supuestos en los cuales los desplazamientos darían lugar a aquélla o ésta, y de otro, por ser la media dieta un concepto residual en cuanto que será devengada caso de no originar dieta entera el desplazamiento.

De este modo, la dieta se vendría a identificar con los *gastos de estancia* (206) o aquellos causados por el trabajador en su manutención y alojamiento, en tanto que la media dieta haría referencia exclusivamente a los *gastos de manutención*, o por una de las dos comidas principales, en razón a que el trabajador podría, por la duración del desplazamiento (207) o la distancia existente entre los lugares de residencia habitual y accidental, pernoctar en su domicilio.

Dos excepciones, sin embargo, completan y confirman el esquema precedente. De una parte, la generalidad de las normas profesionales (208) establecen que, caso de pernoctar el trabajador en su domicilio, pero realizando fuera del mismo *las dos comidas principales*, percibirá una dieta entera en vez de la mitad de la misma. Esta regla excepciona el concepto de dieta («gastos de estancia») que mantenemos y se justifica porque nos estamos situando ante desplazamientos

(205) Excluidos, naturalmente, los gastos de desplazamiento.

(206) Así, las OL de *Industrias fotográficas*, cit., artículo 41; *Marina Mercante* (OM 20-5-69), artículo 124, párrafo 2.º, donde el desplazamiento es denominado «comisión de servicio»; *Refino de petróleos*, cit., artículo 97, 1.

(207) Alguna OL denomina impropriamente a los desplazamientos que dan lugar a dietas *salidas temporales* (*Industrias fotográficas*, cit., artículo 42, por ejemplo), lo que es incorrecto no sólo porque todo desplazamiento es, por sí mismo, temporal, sino porque, además de esta categoría conceptual no representa especialidad alguna respecto de los desplazamientos, únicamente se definen por no exigir del trabajador pernoctar fuera de su domicilio. Otras hablan de *traslado accidental* [*Oficinas y despachos*, cit., artículo 46; *Industrias vinícolas* (OM 11-6-1971), artículo 70; *Campo* (OM 1-7-1975), artículo 38; *Construcción...*, cit., artículo 145; *Empresas de publicidad*, cit., artículo 42] con aún mayor falta de rigor.

(208) *Industrias fotográficas*, cit., artículo 42; *Oficinas y despachos*, cit., artículo 46; *Químicas*, cit., artículo 58; *Refino de petróleos*, cit., artículo 98; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82; *Recaudación de impuestos estatales* (OM 29-2-1972), artículo 22, etc.

de cortísima duración que permiten normalmente no sólo pernoctar, sino también cenar, en el domicilio habitual.

Naturalmente que cabría preguntarse si el trabajador que no pernocta en su domicilio se verá, comparativamente, perjudicado, en cuanto que, realizando igualmente las dos comidas principales fuera de su sede habitual, y también pernoctando fuera de ella, va a percibir, asimismo, una dieta no incrementada. Las Ordenanzas establecen dos cauces distintos, que pueden darse alternativa o cumulativamente: o se establece una sobriedieta *ex lege* (209) o se otorga al trabajador el derecho a ser reembolsado por la diferencia que pudiera existir entre los gastos efectivamente realizados y la cuantía de la dieta percibida (210).

Sin embargo, además de que no todas las normas profesionales establecen siquiera uno de estos cauces, y aunque podría recurrirse al artículo 75, 4.º, de la Ley de Contrato (211), ha de retenerse que sí parece cierto que el trabajador que se ausente de su domicilio por uno o más días completos se ve imposibilitado de obtener beneficio marginal alguno en función del juego cuantía de la dieta-gastos efectivos, que sí es susceptible de apropiación en el resto de los supuestos.

La segunda de las excepciones citadas lo constituiría el tenor de alguna Ordenanza, según el cual *los días de salida y/o llegada*, cuando sean distintos, darán derecho, por el hecho de pernoctar fuera del domicilio habitual al de salida y por, simplemente, regresar al de llegada, a dieta y media dieta, respectivamente (212). Caso de que al de llegada hubiera el trabajador de realizar las dos comidas principales fuera de su residencia, percibiría, naturalmente, dieta entera (213).

Albergamos serias dudas, no obstante la letra de la norma, respecto al progreso de una reclamación caso de que el día de regreso el trabajador no hubiera originado gasto alguno de los que la dieta cubre (pernoctar la noche inmediatamente anterior la cubriría la dieta del día precedente, y el mismo de llegada no origina nuevo gasto alguno, en tanto que el trabajador ya realiza la primera de las comidas principales en su domicilio). Porque, si bien podría entenderse que no es posible distinguir allí donde la ley no lo hace, lo cierto es que, como hemos

(209) *Artes Gráficas*, cit., artículo 56; *Limpieza de edificios y locales*, cit., artículo 42; *Trabajos aéreos*, cit., artículo 42.

(210) *Artes Gráficas*, cit., artículo 56 *in fine*; *Oficinas y despachos*, cit., artículo 46, párrafo 2.º; *Prensa*, cit., artículo 68, párrafo 2.º; *Químicas*, cit., artículo 58, párrafo 5.º; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 5.º; *Industrias del aceite y aceitunas* (OM 28-2-1974), artículo 51 *in fine*; *Minas metálicas*, cit., artículo 54, párrafo 4.º

(211) Para un concepto jurisprudencial del *gasto abonable* y su diferencia con la dieta, véase, STS 10-11-1966 (A/1966, núm. 5193), Considerando 3.º

(212) *Limpieza pública...*, cit., artículo 112; *Oficinas y despachos*, cit., artículo 46, párrafo 1.º; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 2.º

(213) Así, la OL *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 2.º

podido constatar, al conceptualizar la jurisprudencia a la dieta como reembolso de gastos, difícilmente podría sentar que, aun sin gastos, pudiera ser devengada aquélla. Salvo que se entienda que la dieta es parcialmente salario, o parcialmente indemnización, lo que ahora sería corroborado *ex lege*, o se recurra a cualquier otra justificación —que nosotros no encontramos— por el percibo de una cantidad obtenida sin realizarse el supuesto de hecho que la origina, en la inteligencia de que, en todo caso, lo que no puede ocurrir es un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. Todo ello reconduce forzosamente, y de nuevo, al tema de la naturaleza jurídica de la dieta, apareciendo el reembolso como naturaleza única, cada vez menos convincente.

B) *Cuantía de la dieta*

En base al *lugar del desplazamiento*, la cuantía de la dieta varía especialmente si el tema se plantea cuando el desplazamiento es a lugar distinto del territorio nacional.

Para estos casos, algunas Ordenanzas y Reglamentaciones establecen normas específicas (214) que se concretan en el pago de una dieta de superior cuantía desde el momento de cruzar la frontera nacional, en tanto que, mientras ello no ocurra, esto es, las dietas devengadas hasta ese instante, se hallan sujetas al régimen general.

La mejor problemática, sin embargo, que el presente elemento plantea debe de ser postergada al último capítulo, donde, sistemáticamente, será analizada.

Sólo ha de hacerse mención a la *sobredieta* como especie singular, entendida como aquella que se entrega al trabajador cuando la cuantía de la dieta, reglamentaria o paccionadamente convenida, resulta insuficiente para cubrir los gastos que el desplazamiento origina. Cuantía que, además, no tiene «el carácter de devengo voluntario absorbible o compensable en cómputo anual, porque el mismo tiene una finalidad específica, cual es compensar al trabajador de los gastos y molestias que indudablemente le ocasiona su desplazamiento» (215), y cuya fuente puede ser triple: bien a instancias del trabajador, justificando los gastos efectivos, superiores a los susceptibles de ser cubiertos por la dieta (en cuyo caso pensamos que bastaría con una única prueba al empleador, válida para todo nuevo desplazamiento, en tanto no deviniera la sobredieta, a su vez insuficiente); bien vía pacto individual, ya al formalizarse el contrato de trabajo, ya estando vigente el mismo; bien, por último, unilateralmente por el empleador («devengo voluntario» hará referencia, en la sentencia, a «gratificación voluntaria»), por presumir que la dieta es insuficiente, caso que, aunque improbable, es posible.

(214) *Marina Mercante*, cit., artículo 126; *Trabajos aéreos*, cit., artículos 42 y siguientes, etc.

(215) STCT 11-10-73 (A/1973, núm. 3771).

C) *Pago: modalidad*

Por último, y por lo que a la *modalidad de pago de la dieta* se refiere, se ha de indicar que:

a) La inmensa mayoría de las normas profesionales —cuya cita, por tanto, deviene inconveniente— opta por el abono de *cantidades predeterminadas* bien alzadas y señalada inicialmente su cuantía, generalmente mejorada vía convenio colectivo; bien porcentuales del salario (convenio) del trabajador desplazado; bien convenidas individualmente, pero sobre un mínimo que la norma profesional señala (o, en su caso, el convenio colectivo, caso de mejorar la cuantía).

b) Son excepción, por ello, aquellas que recurren a la modalidad de la *justificación de gastos*, aunque suelen permitir optar por ese sistema o el general (cantidades predeterminadas) (216).

c) Únicamente en los supuestos de *mayores gastos efectivos* a los cubiertos por la dieta, las citadas normas recurren al, por otra parte lógico, procedimiento de la justificación de gastos al empleador, al objeto del abono de la diferencia, que unas veces ha de ser previa al reembolso de los mismos (217) y otras, por el contrario, posterior, caso éste habitual bajo la fórmula, cláusula de estilo ya, «previo conocimiento del empresario y posterior justificación» (218).

d) En una única ocasión se deja al arbitrio de su receptor la determinación de qué parte o cuota de la percepción total, por causa del desplazamiento, es jurídicamente dieta y cuál o cuáles no.

En efecto, en los supuestos de participación del personal en la administración de las sociedades (219) y cuando los representantes del colectivo obrero reciban, por causa de su asistencia, una cantidad global, «el representante del personal percibirá como *indemnización* la que en este caso acuerde el jurado de empresa, *teniendo en cuenta las obligaciones y responsabilidades inherentes al desempeño de su cargo*» (220), por cuanto que el resto habrá de ser destinado «a las finalidades sociales en beneficio de los trabajadores de la empresa que por el propio jurado se acuerde» (221).

(216) *Recaudación de impuestos...*, cit., artículo 22; *Prensa*, cit., artículo 68, párrafo 1.º

(217) *Artes Gráficas*, cit., artículo 56, párrafo 3.º

(218) *Oficinas y despachos*, cit., artículo 46, párrafo 2.º; *Prensa*, cit., artículo 68, párrafo 2.º; *Químicas*, cit., artículo 58, párrafo 5.º; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 5.º; *Industrias del aceite y Aceitunas*, cit., artículo 41, *in fine*; *Minas metálicas*, cit., artículo 54, párrafo 5.º

(219) L 41/1962, de 21 de julio.

(220) D 2241/1965, de 15 de julio, por el que se dictan normas de desarrollo de la L 41/1962, cit., artículo 23. El subrayado es nuestro.

(221) L 41/1962, cit., artículo 8, *in fine*.

Una vez más tropezamos con una *diferencia*, a favor del trabajador —la que se destina a finalidades sociales—, entre gastos efectivos y cuantía de la dieta, que la ley reconoce como cierta o, cuando menos, susceptible de obtención, y que reconduce también al tema de la naturaleza jurídica de la figura que se estudia.

III. REQUISITOS

La percepción de la dieta exige la concurrencia de una serie de requisitos sin la cual el derecho, o decae al cabo de haber surgido, o no nace, caso de no persistir o faltar, respectivamente. O, como los denominaremos desde ahora, *requisitos para su obtención* (determinantes del nacimiento del derecho) y *requisitos para su disfrute* (determinantes de la permanencia del mismo).

Téngase en cuenta que todos ellos, desde su exigencia hasta su contenido, proceden de la doctrina jurisprudencial, que los ha ido perfilando y matizando en cuanto que ni la normativa *ad hoc* ni la doctrina científica han determinado, en ocasión alguna, cuál o cuáles habrían de definir los desplazamientos que originan la dieta.

Por ello, únicamente desde la jurisprudencia, escasa cuantitativamente, podemos configurar a aquéllos y dotarlos de una estructura sistemática y segura, en lo posible, en orden a su determinación, aun cuando, en ocasiones, habremos de partir y acabar en una única sentencia, lo que dificulta evidentemente todo intento de conceptualización y exige realizar el análisis que proceda con la vista puesta en las premisas sentadas hasta este momento.

A) *Para su obtención*

1. *Desplazamiento*

Reiteradamente se ha indicado que uno de los requisitos que determina el nacimiento de la dieta es el desplazamiento del trabajador.

Sin embargo, de igual modo que hemos contrapuesto desplazamiento a traslado (222), recogiendo la distinción establecida por el artículo 22 de la Ley de Relaciones Laborales, que vino a marcar criterios unitarios —a nivel legal— en la materia, hasta su promulgación confusos o, cuando menos, asistemáticos (223), es preciso determinar ahora qué desplazamientos exige la dieta, en la inteligencia de que si bien no se genera ésta sin aquéllos, no todo desplazamiento es causante de la misma.

A esta conclusión llegaremos a través del análisis de una serie de aspectos,

(222) *Supra*, I, A), 1.

(223) TOMÁS SALA FRANCO: *La movilidad...*, cit., págs. 61 y sigs., habría iniciado, con anterioridad a la LRL, un ensayo de sistematización en la doctrina científica.

íntimamente ligados a la movilidad unos (localizaciones inicial y final del desplazamiento), indirectamente relacionados otros (accidentalidad o habitualidad del mismo), pero todos, unitariamente, decisivos a la hora de configurar el contenido de esa movilidad horizontal en la empresa y, por consiguiente, determinante a su vez del devengo de las percepciones objeto de este estudio, en cuanto que la jurisprudencia es pacífica en otorgar al desplazamiento título de requisito esencial y primario, como podremos comprobar en páginas siguientes.

1.1. *Localización inicial.*—Al referirnos a un desplazamiento, cualquiera que este sea, inmediatamente surge la cuestión de *desde dónde* se produce, esto es, dónde localizar, inicialmente, un punto o espacio-referencia a partir del cual establecer la realidad y caracteres de aquél.

Así, denominaremos *localización inicial* al ámbito espacial desde el cual se realiza el desplazamiento, lo que exige, en único término, su determinación exacta y el análisis consiguiente, una vez fijado, de las circunstancias específicas modificativas del mismo, bien objetivamente (en los supuestos en que esa localización inicial, por sus especiales características, sea difícilmente determinable), bien subjetivamente (o influencia, caso de tenerla, del lugar de contratación a efectos de la fijación de aquél).

1.1.a. *Centro de trabajo. Domicilio del trabajador.* Dos diferentes localizaciones, en el espacio, pueden servir, en principio, a este propósito: el lugar habitual de trabajo o la residencia habitual del trabajador, lugares que, aun normalmente coincidentes, en ocasiones pudieran no serlo.

Ya vimos cómo la fundamental sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 1967 (224) establecía que el desplazamiento podía ser «a lugar distinto al del habitual trabajo o de su residencia», opinión recogida por el Central de Trabajo en numerosas ocasiones (225) y, sin embargo, no calificable de constante (226).

En efecto, el Tribunal Supremo establece, en decisiones posteriores, que «las dietas sólo se devengan cuando han de desplazarse los trabajadores... desde la obra a lugar de trabajo distinto, sin que el hecho de prestar normalmente servicios en una obra a la que haya de trasladarse diariamente el trabajador desde su domicilio, origine el derecho al percibo de dietas» (227), por cuanto que el

(224) A/1967, núm. 932. *Supra*, I, A).

(225) *Supra*, nota 2.

(226) Realmente, la jurisprudencia posterior, y aun la citada, ha aprovechado de la STS citada, únicamente, el concepto de dieta que como *percepción extrasalarial* contenía, pero no así los elementos que en ella aparecían como definitorios, uno de los cuales sería al que ahora nos estamos refiriendo. Cualquiera de las mencionadas en la nota 2 de este estudio, se refieren al lugar habitual del trabajo.

(227) STS 23-2-74 (A/1974, núm. 1001).

derecho surge de las «circunstancias emanadas del desplazamiento del centro de trabajo» (228).

El Tribunal Central de Trabajo tiene declarado, por su parte, que es desplazamiento acudir a lugar distinto a aquél donde se prestan los servicios (299), de modo que si el trabajador fuera trasladado, el lugar o localización inicial de sucesivos desplazamientos sería no el anterior al traslado, sino, precisamente, aquél donde, por causa de éste, se presta el trabajo habitualmente (230), debiéndose entender por residencia, en definitiva, no la privada del trabajador, sino la oficial o lugar donde se prestan habitualmente los servicios (231); es más, si el trabajador trasladado recibe ofrecimiento del empleador en orden a facilitarle nueva vivienda y no acepta, el lugar a partir del cual se imputará la realidad o no de desplazamientos posteriores, a los efectos que nos interesan, será aquél, y no donde radique el domicilio del trabajador trasladado, por cuanto las molestias que el recorrido diario, o eventualmente la realización de la comida principal de mediodía supongan al obrero, no son imputables al empleador, sino a él mismo (232).

Las Ordenanzas y Reglamentaciones, antecedente obligado de la jurisprudencia mencionada, se refieren, generalmente, y de igual modo, al lugar o centro de trabajo habitual (233), siendo excepción las que establecen que el lugar inicial será la residencia del trabajador (234), y más aún aquellas otras que señalan, alternativamente, cualquiera de ellos (235). Disimilitudes éstas no sólo poco habituales, sino también explicables, en razón a que caso de no coincidir ambas

(228) STS 19-4-72 (A/1972, núm. 2832).

(229) STCT: 9-12-66 (J.S. núm. 19, núm. 692/66). Igual: 4-6-68 (J.S. núm. 29, núm. 426/68); 13-3-69 (J.S. núm. 34, núm. 255/69); 10-5-71 (J.S. núm. 47, núm. 301/71); 4-6-71 (J.S. núm. 47, núm. 302/71); 29-3-73 (A/1973, núm. 1489); 2-3-74 (A/1974, núm. 1088); 21-10-75 (A/1975, núm. 4472); 26-5-76 (A/1976, núm. 2821).

(230) STCT 30-9-68 (J.S. núm. 30, núm. 585/68).

(231) STCT 30-9-70 (J.S. núm. 42, núm. 432/70). Igual: 7-4-73 (A/1973, núm. 1647).

(232) STCT 2-4-71 (J.S. núm. 46, núm. 177/71).

(233) OL: *Construcción...*, cit., artículo 146, 1, párrafo 2.º; *Energía eléctrica*, cit., artículo 20, A, a); *Empresas de publicidad*, cit., artículo 42, párrafo 1.º; *Empresas de limpieza...*, cit., artículo 42; *Prensa*, cit., artículo 68; *Químicas*, cit., artículo 58, párrafo 1.º; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 1.º; *Trabajos aéreos*, cit., artículo 43, párrafo 1.º; *Industrial del aceite y aceitunas*, cit., artículo 51, párrafo 1.º; *Minas metálicas*, cit., artículo 54, párrafo 1.º; *Industrias del corcho*, cit., artículo 57; *Industrias cárnicas* (OM 4-6-1973), artículo 83; *Apuestas mutuas* (OM 7-2-75), artículo 51, b); *Alimentación* (OM 8-7-1975), artículo 29, A, 1.

(234) *Artes Gráficas*, cit., artículo 56, párrafo 1.º; *Bebidas refrescantes*, cit., artículo 26, párrafo 1.º; *Industrias fotográficas*, cit., artículo 41; *Recaudación de impuestos...*, cit., artículo 22, párrafo 1.º; *Refino de petróleo*, cit., artículo 97, 1.

(235) *Limpieza pública...*, cit., artículo 112, 1; *Marina Mercante*, cit., artículo 125.

localizaciones, el lugar habitual de alimentación sería, necesariamente, el centro normal de trabajo, con independencia de lo que después diremos (236).

Todo ello significa que no podemos hablar de desplazamiento, en el sentido exigido por la dieta, cuando el trabajador acude desde su domicilio [o residencia habitual (237)] al centro de trabajo, sino que, al contrario, la dieta precisa que, siendo *coincidentes* las localizaciones en que uno y otro se hallan, el trabajador sea desplazado a otra distinta, por orden del empleador y necesidades de la empresa (238).

La razón de que esto sea así ha de indagarse *vía interés protegido* por la dieta, que trata de evitar al trabajador una merma salarial por causa de realizar sus comidas principales, o eventual alojamiento, fuera del lugar habitual, de modo que, aun existiendo un desplazamiento, si el trabajador continúa realizando aquéllas o éste, en el lugar y forma normales, no devengará dieta alguna (239), en tanto que los gastos ocasionados por acudir diariamente al centro de trabajo desde su domicilio vendrán cubiertos (*interés protegido*) por el plus de transporte o de distancia, pues como mantiene el Tribunal Central en su sentencia de 6 de mayo de 1975 (240), citando la del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1974 (241), «las dietas sólo se devengan cuando han de desplazarse los trabajadores durante un período limitado de tiempo desde la obra o el lugar donde prestan sus servicios a otra obra o lugar de trabajo distinto, *sin que el hecho de prestar normalmente servicios en una obra a la que haya de trasladarse diariamente el trabajador desde su domicilio, origine el derecho al percibo de las dietas, sino en su caso, el plus de distancia o gastos de transporte*».

1.1.b. Centros de trabajo variables. En ocasiones, el centro de trabajo no es un recinto espacialmente determinado, sino, bien de *límites genéricos* (la provincia, la región, etc.), bien *determinados, pero de gran extensión* (tendido de líneas eléctricas, etc.).

Visto que la localización inicial del desplazamiento es el centro normal de trabajo, se plantea ahora el problema de determinar si, en estos casos, que denominamos con amplitud conceptual «obras de gran extensión», el trabajador po-

(236) *Infra*, A), 1.1.d.

(237) C. c., artículo 40, párrafo 1.º Igual FEDERICO DE CASTRO y BRAVO: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Gráficas Marisal, 1970, 5.ª ed., págs. 278 y sigs; LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1973, I, pág. 87.

(238) STCT 26-5-76 (A/1976, núm. 2821).

(239) STCT 29-3-66 (*J. S.* núm. 16, núm. 268/66); 18-3-71 (*J. S.* núm. 46, número 178/71).

(240) A/1975, núm. 2249.

(241) A/1974, núm. 1001. El subrayado es nuestro.

drá obtener dieta cuando no pueda regresar a su domicilio a realizar una o ambas comidas principales o a pernoctar.

La jurisprudencia examinada, únicamente en tres ocasiones se pronuncia sobre el tema. Así, la del Tribunal Central de 20 de noviembre de 1969 (242) afirma que si se pactó en el contrato de trabajo que éste se prestaría en toda la provincia, el centro de trabajo es la obra en toda esa extensión, no habiendo, por tanto, derecho a reclamar dietas al empleador. La de 29 de febrero de 1969 (243) mantiene que, en el caso de obras de gran extensión propiamente dichas (o aquellas en que concurren la nota de *variabilidad* del centro de trabajo), tampoco devenga dietas el trabajador. Y la de 2 de marzo de 1974 (244) sienta que, en los supuestos de tendido de líneas eléctricas y electrificación de férreas, «falta el supuesto base para la concesión de dietas, que exige que se opere, por decisión de la empresa, un cambio en el lugar de prestación de los servicios, supuesto que no se da en los trabajos mencionados».

De aquí, que dos diferentes argumentos podemos extraer:

1.º Que el desplazamiento que origina la dieta exige un cambio de *centro normal de trabajo* que traiga como consecuencia, para el trabajador, la necesidad de realizar su(s) comida(s) principal(es) o su alojamiento fuera de su domicilio, lo que no ocurre cuando, aun produciéndose el efecto (gastos por estos conceptos) no la causa (centro de trabajo variable y no habitual) (245).

2.º Que ese desplazamiento ha de producirse por orden del empleador, lo que no ocurre cuando, para la ejecución del trabajo, es preciso variar el lugar del mismo.

A esta línea argumental pueden oponerse dos objeciones.

De un lado, que sería factible, vía pacto contractual, obligar al trabajador a una renuncia —prohibida— de derechos (246). En efecto, so pretexto de que el lugar o centro habitual en el que va a desarrollarse el trabajo no es espacial-

(242) *J. S.* núm. 37, núm. 671/69.

(243) STCT. *J. S.* núm. 27, núm. 128/68.

(244) STCT. A/1974, núm. 1088.

(245) La STCT de 2-6-66 (*J. S.* núm. 17, núm. 437/66), afirma que cuando «el lugar de trabajo haya de ser variable, el personal que sea desplazado sólo tendrá derecho a percibir plus de distancia y gastos de desplazamiento, mientras pueda regresar a pernoctar diariamente a su domicilio».

(246) Pensamos que no nos hallamos ante lo que OJEDA AVILÉS (*La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, págs. 144 y sigs.) ha denominado *renuncia de derechos* futuros, en cuanto que, léjos de «que el sujeto no tenga en cuenta en su patrimonio ni siquiera el inicio de un poder —derecho subjetivo— sobre la cosa u obligación que se contempla» (pág. 146), el derecho a dieta, correlativo al desplazamiento, se halla presente desde el mismo momento de la celebración del contrato de trabajo, siquiera sea como «expectativa jurídica» (pág. 147).

mente determinable en una localización fija, sino en toda la extensión de una amplia zona (provincia, cuenca, etc.), el trabajador se vería privado de la dieta aun realizando los gastos propios del reembolso que aquélla significa. Ello sin contar con la dificultad teórica que supone configurar una obra de gran extensión como centro de trabajo, cuando doctrinal y jurisprudencialmente es definido como *unidad técnica de producción* (247) (248).

De otro lado, y por lo que hace al supuesto contemplado por la última sentencia parcialmente reproducida (tendido de líneas eléctricas y electrificación de férreas), y a cuantos le son asimilables, es oponible no sólo el argumento esgrimido por la jurisprudencia en otras ocasiones similares, y según el cual el lugar habitual de trabajo de los transportistas no es la carretera, o carreteras, por las que circulan, sino «el establecido en el contrato de trabajo» (249), argumento analógicamente válido, sino también los criterios presentes en algunas normas profesionales (250), según los cuales la localización inicial en estos supuestos será la zona de trabajo habitual.

Lo que conduce, ciertamente, al examen de la accidentalidad o habitualidad del desplazamiento y la necesidad o no del retorno al centro o zona de trabajo habitual (incluyendo en tal el lugar de contratación), sobre lo que se ha de indicar que la definición del contenido de esa habitualidad es cuestión oscura aunque, desde luego, y por lo que ahora nos interesa, no es predicable con igual intensidad a todos los supuestos. Efectivamente, la *consolidación de habitualidad* en trabajos estructuralmente sedentarios no puede ser idéntica a la consolidación de aquellos otros, por su propia naturaleza especialmente cambiantes, cual son los de referencia.

Distinta, sin embargo, sería la exigencia de retorno al centro o zona de trabajo habitual, en cuanto que si definimos el desplazamiento como movilidad

(247) TOMÁS SALA FRANCO: *La movilidad...*, cit., pág. 23. Igual la jurisprudencia: *unidad de producción* [STS 4-2-53 (A/1953, núm. 266)], o *unidad técnica de producción* [STS 11-5-66 (A/1966, núm. 5441)] [Sentencias citadas por MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ: «Clases de convenios (unidades de contratación); Convenios de rama y empresa; Convenios nacionales. Ambitos territorial y funcional de los convenios», *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1976, pág. 163].

(248) A nivel positivo, el concepto sería *centro de actividad o trabajo característico* (D 19-8-47, artículo 1, párrafo 1.º, de creación de los jurados de empresa) o *establecimiento diferenciado* (Acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 9-5-1975, BOE, 13-5-1975, por el que se da cumplimiento al Acuerdo de la Permanente del Congreso Sindical de 5-5-1975, Anexo I, 2, 2).

(249) STCT 3-3-76 (A/1976, núm. 1186). El tribunal aplicó, por analogía, la OL de *Transportes por carretera* (OM 20-3-1971, modificada en cuanto a dietas por OM 9-7-1974), a un supuesto cuya norma aplicable era la OL de *Mataderos de aves y conejos* (OM 30-7-1974).

(250) OL *Industrias de energía eléctrica*, cit., artículo 20, A).

desde aquél estamos dando por supuesta la necesidad de regreso al mismo, pues, de lo contrario, el trabajador sería trasladado. Lo que no ocurre en las obras de gran extensión (y sí en el supuesto de transportistas), en cuyo caso cada lugar de trabajo es, por decirlo gráficamente, único e irrepetible.

Entendemos, en definitiva, que, a salvo de norma expresa que impida el devengo de dietas en tales casos, ha de reputarse realizando un desplazamiento de los que las originan cuando la localización que aparezca en el contrato de trabajo, como lugar de celebración, sea diferente a aquella o aquellas donde se presten los servicios contratados y siempre, claro está, que se originen los gastos que la dieta, objetivamente, cubre, lo que implica situar el centro de gravedad de la misma en la producción de unos gastos determinados y en la obligatoriedad de impedir que repercutan sobre el trabajador, centro de gravedad este que no coincide con el elegido por la jurisprudencia (251).

1.1.c. *Desplazamientos por la naturaleza del trabajo.* La distinción establecida *supra* (252) entre desplazamientos por necesidades del servicio y desplazamientos por la naturaleza misma del trabajo recobra virtualidad ahora —realmente como variante subjetiva del supuesto anterior, en donde la movilidad del centro de trabajo respondía a exigencias objetivas— en cuanto que alguna norma profesional establece que «no se considerarán traslados accidentales (desplazamientos) a los desplazamientos (movilidad) del personal de distribución que realizan para el cumplimiento de sus funciones» (253), exclusión que apoya, en la doctrina, Sala Franco, al mantener que «no puede hablarse de cambio de centro de trabajo, ya que es posible pensar que en tales casos se produce una ficción jurídica de la extensión del centro de trabajo o de la existencia de un centro de trabajo “volante”» (254).

De nuevo aquí, la nota de *accidentalidad* del desplazamiento deviene determinante, no así como la exigencia de un centro de trabajo estable, en cuanto que, en primer término, es reprochable que se identifique aquél con los lugares que el trabajador recorre o visita cuando se ha definido como *unidad de producción*, es decir, localización espacial donde se centraliza la producción, se organiza el trabajo, y desde el cual se ejerce el poder de dirección del empleador, y, en segundo, porque en el concreto ámbito del Derecho del trabajo, de ser precisa alguna suerte de ficción jurídica, es posible y mejor recurrir al lugar donde se celebró el contrato, que coincidirá, generalmente, con el domicilio legal del empleador, central o no, en vez de extender el concepto de centro de trabajo a una amplísima zona y desnaturalizarlo o considerarlo «volante».

(251) *Infra*, B), 1.

(252) I, A), 1.

(253) OL *Bebidas refrescantes*, cit., artículo 23, párrafo 3.º Igual *Empresas de publicidad*, cit., artículo 43.

(254) TOMÁS SALA FRANCO: *La movilidad...*, cit., pág. 65.

A pesar de todo, creemos que los gastos que el trabajador realice en la ejecución de su trabajo le serán reembolsados por vía, sin embargo, diferente a la dieta. Así, bien entrara en juego el artículo 75, 4, de la ley de Contrato de Trabajo (*suplidos abonables*), bien otras figuras derivadas cuales son los denominados *gastos de representación*, diferenciables de la dieta por dos causas: porque su reembolso exige la previa justificación de gastos al empleador, en todo caso, y su cuantía no viene determinada previamente, y porque, lo que es más importante, a diferencia de la dieta, que cubre gastos exclusivamente de manutención y alojamiento, aquellos reembolsan estos u otros distintos, o todos, en cuanto que la ejecución del trabajo puede exigir gastos variables en función de circunstancias diversas (desplazamientos, comidas, atenciones a clientes, etc.).

Creemos, en consecuencia, que la nota a acentuar no sería la accidentalidad del desplazamiento (no hace falta explicitar que nos estamos refiriendo a todos aquellos trabajadores que por causa del trabajo u oficio han de desplazarse permanentemente de un lugar a otro), sino la *accidentalidad del gasto en desplazamientos habituales*, a diferencia de la dieta, en donde nos hallamos ante una *habitualidad del gasto en desplazamientos accidentales*.

1.1.d. *El lugar de contratación.* En un supuesto, sin embargo, parece excepcionarse lo hasta ahora dicho. Así, la sentencia del Tribunal Central de 26-1-66 (255) afirma que «si el productor en el momento de ser contratado señala y justifica su residencia y es admitido para realizar sus servicios fuera de ella, nace el percibo de dietas».

No obstante, creemos que no nos encontramos ante un derecho a dieta, en sentido estricto, por cuanto que:

1.º Ese derecho nace, según se ha visto, de un desplazamiento (accidental) desde el centro de trabajo, y no de un desplazamiento (habitual) al mismo.

2.º Se exige, además, la existencia —previa al desplazamiento— de un *lugar habitual* donde el trabajador realice sus comidas, y eventual alojamiento, lo que no ocurre en este caso, por cuanto la dieta surgiría desde el primer día de vigencia del contrato y, en consecuencia, sin que tal lugar habitual existiera previamente al desplazamiento nacida la relación de trabajo.

3.º El desplazamiento ha de deberse a una orden del empleador (256) que no se observa ni en la voluntariedad al contratar ni tampoco en la voluntariedad de prestar servicios y, por tanto, de acudir al centro de trabajo diariamente.

Por ello, más parece que nos hallamos ante un pacto incorporado al contrato de trabajo en el momento de su celebración y que, en puridad, no sería ni dieta ni plus de transporte, por ser los intereses protegidos por ambas instituciones distintos a los amparados por las percepciones que, empleador y traba-

(255) J. S. núm. 15, núm. 125/66.

(256) *Infra*, A), 2.

jador, pacten por causa de la distancia (u otros motivos) existente entre el domicilio de aquél y el centro de trabajo.

1.2. *Localización final.*—El lugar al cual es desplazado el trabajador, o localización final del desplazamiento, plantea dos cuestiones de interés.

Una, en relación con la inicial, que se cifra en la determinación de si cualquier lugar puede ser considerado localización final o, si acaso, se exige que reúna en esa relación especialidad alguna.

Otra, de mayor importancia, cual es la investigación de la legislación aplicable al trabajador en tanto se prolongue el desplazamiento en razón a que es posible que concurren diversas regulaciones, reglamentarias o pactadas, por hipótesis de diferente contenido.

1.2.a. *Distancias. Localidad.*—Las normas profesionales establecen generalmente la exigencia de que el desplazamiento sea a *localidad* distinta a aquella donde radica el centro normal de trabajo (257), pero algunas imponen, además, la necesidad de que tal localidad se halle situada a una distancia mínima de aquella otra (258). En otros supuestos se exige bien el cambio de localidad, bien una distancia mínima entre ambas localizaciones (259).

El tema no plantea problema alguno por cuanto habrá de estarse a lo ordenado, en cada caso, por la norma correspondiente. Únicamente es criticable que se recurra a tales criterios una vez más (importancia del desplazamiento sobre la producción de gastos), remitiéndonos a lo ya manifestado al respecto.

En cuanto a lo que deba entenderse por localidad la jurisprudencia es pacífica en entender que se ha de traducir esta expresión por *término municipal* o *municipio* (260).

1.2.b. *Legislación aplicable.*—Puede ocurrir que el desplazamiento del trabajador lo sea a localización donde rijan normas distintas a aquellas que regulan iguales materias, señaladamente retributivas, en el centro habitual de trabajo, planteándose entonces cuál de ellas será de aplicación en tanto el desplazamiento se prolongue, si la vigente en lugar o localización inicial, o en la localización final, del mismo.

(257) *Artes Gráficas*, cit., artículo 56, párrafo 1.º; *Bebidas refrescantes*, cit., artículo 26, párrafo 1.º; *Energía eléctrica*, cit., artículo 20, A), a); *Empresas de publicidad*, cit., artículo 43; *Químicas*, cit., artículo 58; *Siderometalúrgica*, cit., artículo 82, párrafo 1.º; *Industrias del aceite...*, cit., artículo 51, párrafo 1.º; *Minas metálicas*, cit., artículo 54, párrafo 1.º; *Corcho*, cit., artículo 58, párrafo 1.º.

(258) *Construcción...*, cit., artículo 146, 1.º y 2.º; *Limpieza pública...*, cit., artículo 112, 1.º

(259) *Renfe* (OM 22-1-1971, modificada por OM 5-2-1975), artículo 229.

(260) MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ: «Clases de convenios...», cit., pág. 152. Cita la STS de 25-1-71 (A/1971, núm. 252).

Igualmente, es pensable que el trabajador se rija en su centro habitual de trabajo por un convenio colectivo y que en la localización final del desplazamiento la norma a aplicar sea la reglamentaria por ausencia de convenio que la mejore. De igual modo, la cuestión a determinar es cuál de ellas disciplinará al trabajador en sus relaciones con el empleador mientras se halle fuera de su centro normal de trabajo.

1.2.b.1. *Concurrencia de convenios colectivos*.—Por causa del desplazamiento puede producirse una concurrencia (parcial) de convenios o *conflicto de yuxtaposición* (261), planteándose, por consecuencia, «con arreglo a qué convenio (de los dos en conflicto) han de ser satisfechas las dietas o gastos de desplazamiento, supuesta, por hipótesis, una regulación diversa de los mismos» (262).

La doctrina científica, hasta la promulgación de la Ley de Relaciones Laborales, no era pacífica en orden a cuál debía ser la solución adecuada del conflicto. Así, mientras Sala Franco opina que «jugaría globalmente la norma más favorable al trabajador» (263), Ojeda Avilés se pronuncia por un sistema de composición según el cual habría de estarse, en primer lugar, al libre «deseo de las partes, contenido en las cláusulas de autolimitación o en acuerdos bilaterales posteriores», y, a falta de ellas, a una comparación global o *conglobamento* entre ambos convenios, seleccionando «el único acuerdo aplicable a los contratos de trabajo en cuestión... (según) la solución de principios... 1. El principio de unidad de empresa, en los casos en que sea factible emplearlo. 2. En su defecto, el principio de norma más favorable», aplicando en último lugar «cuando los baremos anteriores no son pertinentes, el principio de especialidad en la versión que corresponda en el caso: territorial, funcional, personal, etc.» (264). Palomeque López, por último, se pronuncia por la aplicación del convenio vigente en la localización inicial del trabajador desplazado (265).

La jurisprudencia optaba por la aplicabilidad de los convenios vigentes en los lugares donde presta sus servicios, efectivamente, el trabajador desplazado, siempre que no exista norma convencional más favorable.

Así, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12-5-73 (266) afirma que

(261) ANTONIO OJEDA AVILÉS: «La concurrencia de convenios colectivos», *RPS*, número 89, enero-marzo 1971, págs. 33 y sigs., citando a AUBERT: *Les Conflits de conventions Collectives de Travail*, Lausanne, 1957, pág. 21. Véase también «Concurrencia de convenios colectivos», *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, JAVIER MATÍA PRIM y FERNANDO PÉREZ ESPINOSA, Madrid, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1976, págs. 323 y sigs.

(262) MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ: «Clases de convenios...», cit., pág. 158.

(263) *La movilidad...*, cit., pág. 76.

(264) «La concurrencia...», cit., págs. 73-74.

(265) «Clases de convenios...», cit., pág. 158.

(266) A/1973, núm. 2074. Con transcripción literal la de, también del TCT, 15-10-74 (A/1974, núm. 4062).

«los convenios colectivos provinciales deben aplicarse a todos los centros de trabajo ubicados en el territorio provincial aun cuando las empresas de las que dependan los trabajadores radiquen en otra provincia distinta, principio... que es el más justo y acertado al evitar que trabajadores que desempeñan su cometido en el mismo lugar e idéntica actividad laboral puedan cobrar —dándose los supuestos para su devengo— cantidades distintas por el concepto de dietas»; la de 4-11-74 (267) sostiene que «visto que aquella condición más beneficiosa del convenio de Oviedo (el, en este caso, traslado lo fue a Cáceres) debe respetarse por ser doctrina fundamental en materia de modificación de relaciones laborales, ya estén reguladas por normas oficiales genéricas, convenios o partes individualizadas, la del inexcusable respeto a los derechos, ventajas, beneficios y situaciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas por los productores que sean parte de aquel nexo», y las de 4-2-76 (268) y 9-4-76 (269) sientan que la cuantía de la dieta —citamos la de 4 de febrero— «debe determinarse —salvo que exista norma convencional más favorable— de conformidad con la norma vigente en el lugar a que hubiese sido desplazado el trabajador, ya que sin duda será esta norma la que fije con más precisión el mayor gasto que suponga para aquél el desplazamiento».

En este contexto la sentencia del mismo tribunal de 8 de febrero de 1974 (270), según la cual «siendo el domicilio legal de la empresa Barcelona, el convenio colectivo sindical que le es de aplicación es el de esta provincia, puesto que dicho pacto normativo es de aplicación a todas las empresas que radiquen en la provincia, y consiguientemente a todos los productores de las mismas, sin que la circunstancia de que los trabajadores hayan prestado servicio por orden de la demandada en otras provincias lleve aparejada la aplicabilidad de los convenios vigentes en cada una de ellas, por la fundamental razón de que ni la empresa demandada ni sus trabajadores intervinieron, directa ni indirectamente, en la elaboración y discusión de los convenios colectivos de otras provincias a los que ahora intenta acogerse la recurrente», es obvio que constituye una excepción a la doctrina jurisprudencial sobre la materia sentada por ese mismo tribunal.

Y no podía ser de otra manera si se retiene como caso extremo, pero clarificador, que de mantenerse que el convenio sólo puede obligar a quienes intervengan «directa o indirectamente en la elaboración o discusión del mismo», en los supuestos de contratación de trabajadores; una vez vigente el convenio, éste no les sería aplicable, en modo alguno, por no haber participado en su elaboración.

En cualquier caso, de los dos argumentos esgrimidos por las sentencias citadas en orden a mantener la aplicabilidad de los vigentes en el lugar, o lugares, de destino, esto es, imposibilidad de devengarse percepciones de cuantía diferen-

(267) A/1974, núm. 4497.

(268) A/1976, núm. 572.

(269) A/1976, núm. 2045.

(270) A/1974, núm. 625.

te realizando iguales servicios y adecuación de la cuantía de la dieta a los gastos presuntos y, por tanto, a la señalada por el convenio de la localización final del desplazamiento, preferíamos el segundo por cuanto, de un lado, era el adecuado para otorgar una *idónea protección al interés o bien jurídico protegido que la dieta trata de cubrir*: en efecto, si la dieta se dirige a evitar una merma salarial por causa de los gastos que el desplazamiento implica y/o recompensar una mayor dificultad o incomodidad en la prestación del trabajo, tesis que según se ha visto maneja la jurisprudencia (271), es evidente que esos gastos, o esa mayor incomodidad, se hallarán mejor calibrados por los convenios vigentes donde precisamente unos u otra se van a producir; de otro, porque la cuantía de la dieta, también como ya se ha indicado, se articula sobre un *sistema de gastos presuntos*, determinados en función de una serie de índices, válidos únicamente para el ámbito territorial de aplicación del convenio, sistema que quedaría desnaturalizado —recurrir a la prueba de mayores gastos al empleador no altera la cuestión, en cuanto que éstos son superiores a los cubiertos por la dieta en juntamente ese ámbito territorial— de ampliarse tal cuantía más allá de los límites espaciales para los que fue pensada, y, por último, porque caso de que el montante fijado a la dieta en el lugar de destino o localización final fuera menor al señalado por el convenio de la localización inicial, permitía recurrir al principio de norma más favorable (o de condición más beneficiosa: supuesto contemplado por una de las sentencias citadas, la de 4-11-74), sobre cuya importancia cualquier comentario sobra.

No obstante lo anterior, debe explicitarse ahora que las mencionadas construcciones doctrinales y jurisprudenciales han de ser revisadas a la luz de las leyes de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1973 (art. 6.º, pár. 2.º) y de Relaciones Laborales (art. 4.º, 1) (272), en cuanto que en ambas normas establece el legislador criterios concretos en orden a la solución de la concurrencia de normas convenidas colectivamente. En efecto, en una y otra se establece expresamente que caso de colisionar dos convenios colectivos (la fórmula de la Ley de Relaciones Laborales omite toda referencia a la primacía aplicativa del convenio de empresa, con lo que aquélla deviene derogada) habrá de ser aplicado aquél que «en su conjunto resulte más favorable para el trabajador (L. R. L.), de modo que optando por el *conglobamento* como vía de conciliación resulte im-

(271) *Supra*, I, A), 3.

(272) La nueva redacción dada al artículo 6 de la LCC por el artículo 27 del RD-L 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (prohibición de negociación de convenio concurrente —total o parcial: la E. de M., III, dice «del mismo o distinto ámbito»— durante la vigencia de otro anterior y hasta tres meses antes de su decaimiento), y la supresión, por tanto, de las reglas que la legislación de convenios de 1973 instituía en orden a la concurrencia, ha de inscribirse en la existencia del propio artículo 4, 1 de la LRL, que ya había derogado, parcialmente, el mencionado 6, párrafo 2.º de la LCC.

posible, desde la norma, proceder a una comparación individualizada de aspectos parciales (273), aun cuando hayamos de señalar, con Matía Prim y Pérez Espinosa (274), que «es indudable que el magistrado (ante un caso concreto) atenderá sólo, o al menos preferentemente, a las condiciones que incidan en la esfera del particular afectado». Todo ello, claro está, sin olvidar que la jurisprudencia que hemos mencionado acuda en ocasiones al principio de condición más beneficiosa aun cuando éste sólo sea de aplicación en determinados supuestos, al exigirse origen contractual (o contractualizado) a aquélla.

1.2.b.2. *Ausencia de convenio colectivo en la localización final.*—En los supuestos en que en la localización final del desplazamiento no hubiera convenio colectivo (275) y, por tanto, los trabajadores de la misma se rigieran por la norma profesional correspondiente, y partiendo naturalmente de que la cuantía de la dieta que ésta fijara fuera menor a la establecida por la norma colectivamente paccionada vigente en el lugar habitual de trabajo (localización inicial), se plantea cuál de ellas, si la pactada o la reglamentaria, es la aplicable a los trabajadores desplazados.

De lo indicado en el epígrafe anterior se desprende palmariamente que aun debiéndose aplicar al trabajador la norma que en su conjunto resulte más favorable, habrá de estarse al principio de condición más beneficiosa en cuanto que de existir regulación mejor será ésta la de aplicación, y caso de serlo menos, habrá de mantenerse el «inexcusable respeto a los derechos, ventajas, beneficios y situaciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas por los productores que sean parte de aquel nexo» (276), de modo que el trabajador deberá ser reembolsado en la cuantía señalada por el convenio vigente en su centro de trabajo habitual aun cuando las cantidades que en concepto de dietas se perciban en la localización final del desplazamiento sean menores.

De donde habrá de concluirse que el interés protegido por la dieta (evitar una merma salarial y/o recompensar una mayor incomodidad o dificultad en la ejecución) viene referido en esta ocasión no tanto a la adecuación *gastos presuntos-cuantía de la dieta*, sino a la relación *previsión cuantitativa de la dieta-realidad de la misma*.

(273) Para un análisis más detallado, véase LUIS MIGUEL CAMPOS RUIZ: *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1976, Apéndice, en especial, págs. 19-25.

(274) «Concurrencia de convenios...», cit., pág. 334.

(275) En el supuesto contrario (el convenio colectivo rige en la localización final, en tanto que en la inicial es norma aplicable la reglamentaria), será de aplicación el convenio por ser, globalmente, norma más favorable al trabajador (el carácter mínimo de las normas laborales impediría otra cosa); obviamente, caso de ser igual la cuantía de la dieta en ambas normas, el problema no se plantea prácticamente.

(276) STCT 4-11-74 (A/1974, núm. 4497).

2. Involuntario

La *necesidad del servicio* se configura constantemente en la jurisprudencia y normas profesionales como elemento causal de los desplazamientos del centro habitual de trabajo de modo que los voluntarios (permutas, desplazamientos voluntarios, etc.) van a traer como consecuencia inmediata el no surgimiento de derecho a dietas a favor del trabajador, en tanto que tal derecho se configura como el surgido de la movilidad ordenada por el empleador para su propio beneficio (el beneficiario de un desplazamiento voluntario sería el propio trabajador), en cuanto que, como dice la doctrina, «la imposibilidad de encontrar un interés común a las partes nos lleva a afirmar la identificación entre interés objetivo de la empresa e interés del empresario» (277), posición (final y argumental) a la que nos remitimos en bloque, en cuanto que el análisis del poder de dirección y del *jus variandi* escapa a los objetivos de este trabajo (278), bastándonos con la afirmación, palmaria por lo demás, de que sólo cuando el desplazamiento lo es a instancias del empleador, y siempre que concurren el resto de los requisitos el trabajador desplazado podrá reclamar dietas en la cuantía que proceda (279), concepto éste de *necesidades del servicio* suficiente en la distinción con desplazamientos por la naturaleza del trabajo que, como se ha indicado, no originan dietas.

3. Temporal: remisión

La temporalidad del desplazamiento configura, finalmente, los requisitos exigidos para la percepción de dietas.

La remisión en este instante es obligada (280), en cuanto que ya se ha analizado las diferencias que separan a estos desplazamientos de los definitivos o trasladados y de los de larga duración.

Basten, por consiguiente, las dos siguientes puntualizaciones:

a) Hemos denominado *desplazamientos temporales* o simplemente *desplazamientos* a aquellos que exigiendo una salida o abandono del centro o zona habitual de trabajo no se prolongan por más de determinado plazo previamente estipulado; y *desplazamientos de larga duración* y *traslados* a aquellos otros que exigiendo o no cambio de residencia, bien se prolongan por un espacio temporal superior, bien se prevé, aun antes de iniciarse, su larga duración.

b) Mientras el desplazamiento (temporal) origina a favor del trabajador derecho a *dietas*, el traslado o el desplazamiento de larga duración implican in-

(277) TOMÁS SALA FRANCO: *La movilidad...*, cit., pág. 31.

(278) Véase, por todos, TOMÁS SALA FRANCO: *La movilidad...*, cit., págs. 23 y sigs.

(279) Véase STS 10-11-66 (A/1966, núm. 5193). STCT: 20-6-66 (J.S. núm. 17, núm. 457/66); 2-10-69 (J.S. núm. 36, 529/69); 29-3-73 (A/1973, núm. 1489).

(280) *Supra*, I, B), 1.

demnizaciones, combinadas en ocasiones con la percepción de otras cantidades, porcentuales de las dietas aun cuando ha de insistirse en que esas «dietas reducidas» parecen acercarse a lo que de la dieta en sentido estricto queda, ya descontado el puro reembolso de gastos, bien como *recompensa* por la incomodidad del desplazamiento y la ejecución del trabajo en condiciones de superior incomodidad, bien como *salario*, caso de que pudiera ser aceptada su naturaleza mixta.

B) *Para su disfrute*

La dieta surge a favor del trabajador cuando concurren la totalidad de los requisitos indicados, prolongándose el derecho a la misma o persistiendo en tanto aquéllos permanecen, de modo que la falta de alguno de ellos determinará, *ipso iure*, su extinción.

Dos cuestiones, en consecuencia, han de ser investigadas ahora. Si la concurrencia de los requisitos determinantes del nacimiento del derecho —y de su disfrute— tiene la consideración de objetiva o si, por el contrario, las circunstancias subjetivas del trabajador alteran o modifican esa concurrencia. De otra parte, si jugará, y cómo caso de hacerlo, el principio de condición más beneficiosa en el supuesto de que la dieta pudiera ser conceptualizada como un derecho adquirido del trabajador.

1. *Concurrencia de los requisitos*

El tema se formularía en los siguientes términos: ¿Basta con que objetivamente concurren los requisitos determinantes del derecho de dieta [desplazamiento accidental y temporal, por orden del empleador, a lugar distinto al centro o zona de trabajo habitual (281)], o acaso las circunstancias subjetivas del trabajador desplazado han de ser valoradas en orden a modificar, e incluso impedir, el nacimiento y desarrollo del derecho?

La jurisprudencia no es constante en la apreciación de la concurrencia objetiva de los requisitos determinantes de devengo de dietas.

Así, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7-3-69 (282) afirma que el hecho de que el actor pernocte en un domicilio privado cuando es desplazado no altera el problema jurídico planteado, en cuanto que ha de ser el domicilio reglamentario del que ha de partirse en la resolución, con independencia de la concurrencia de circunstancias subjetivas del trabajador, ya que el concepto de destacamento (en Renfe) no resulta alterado por tal causa.

(281) La aparición de unos gastos, como consecuencia del desplazamiento, según veremos en este mismo epígrafe, sólo es citada por la jurisprudencia a efectos de fundamentar la dieta, sin otra trascendencia.

(282) *J. S.* núm. 28, núm. 271/69.

Otras sentencias afirman el carácter fundamental del desplazamiento subordinando la concurrencia de los restantes requisitos a la realidad de aquél. Así, la igualmente del Tribunal Central de 19-11-69 (283) sienta que la dieta es un reembolso de gastos, pero que cuando el gasto no se acredita queda enervada la presunción del mismo, debiéndose probar por el trabajador, para percibir la dieta, la realidad del desplazamiento exclusivamente. A tal punto es irrelevante la existencia de gastos efectivos que la sentencia del mismo tribunal de 10-5-1971 (284) sostiene que si el trabajador pudiendo regresar a su domicilio a comer no lo hace por evitar *dispendios* y molestias no tendrá derecho a dieta (obviamente, evitar dispendios es preservar el montante salarial, es decir, evitar su merma).

En contra, se situaría la ya mencionada de 25-9-74 (285), que niega la dieta al trabajador en cuanto que del desplazamiento surgen *beneficios* para la economía del trabajador.

Una última decisión jurisprudencial, la de 26-11-73 (286), mantiene que si el empleador y trabajador pactaron, en concepto de dietas, una cantidad global y mensual en función de la prestación de servicios en una *zona* determinada, y reducida ésta no se acredita la insuficiencia de la correspondiente dieta, igualmente reducida, mensual, ha de estimarse ajustada a derecho tal reducción, en cuanto que no es posible mantener la eficacia de lo convenido si las condiciones que lo provocaron (determinada zona) ya no son vigentes (reducción de la misma).

Podría pensarse que esta última jurisprudencia inicia una vía subjetivista en la apreciación de los requisitos que causan la dieta. Pues bien, partiendo de que es preferible tal opción en cuanto que el fundamento jurídico de la dieta no es otro que la existencia de unos gastos cuya consecuencia es una merma en el salario de no ser reembolsados y la aparición, por causa del desplazamiento, de una mayor incomodidad en la prestación del trabajo que ha de ser recompensada, opción ésta que, de otra parte, no sería obstáculo a considerar a la dieta

(283) J. S. núm. 37, núm. 695/69.

(284) J. S. núm. 47, núm. 301/71. Nótese que la jurisprudencia había señalado como fundamento jurídico de la dieta la existencia de gastos y la necesidad de su reembolso. Sin embargo, y por llevar hasta el fin la consideración de concurrencia objetiva de los mismos, no sólo cuestiona el propio fundamento previamente indicado, sino que deviene indiferente a la realidad de unos gastos, también debidos a la alimentación y alojamiento del trabajador, pero que se causan por un desplazamiento que, objetivamente, no los produce. Ello es debido obviamente, a la situación de preeminencia en que se sitúa al propio desplazamiento, y al desprecio que la existencia de gastos, como requisito, significa, sólo traído a colación, como se ha dicho, a efectos de negar a la dieta naturaleza parcialmente salarial.

(285) STCT: A/1974, núm. 3697.

(286) STCT: A/1973, núm. 4771.

parcialmente salario en razón a que esa «recompensa» viene, en definitiva, a ocupar su lugar, es evidente que el centro de gravedad debería situarse precisamente ahí. Sin embargo, el que la dieta se reembolse mediante una cantidad alzada y predeterminada, independiente de los gastos, y el que se acentúe como requisito principal y básico al que se subordinan todos los demás, el desplazamiento, son dos obstáculos difíciles de salvar si se pretende subjetivizar esa concurrencia.

De otra parte, sólo la sentencia de 25-9-74 se situaría en esta línea, en cuanto que la de 26-11-73 no se aparta realmente de un planteamiento objetivista global: la reducción de la zona en la que el trabajador opera, reduzca o no, a su vez, la cuantía de los gastos, es suficiente para decrecentar la dieta; únicamente en el caso de que la nueva cuantía resultara insuficiente se introduce un elemento subjetivista cual es la prueba de la insuficiencia, pensamos que por el trabajador (287), aunque no debe olvidarse que tal prueba se halla presente en la mayoría de las normas profesionales pensada precisamente para estos supuestos (288).

En conclusión: la jurisprudencia, por consecuencia de elevar el desplazamiento a requisito fundamental y básico, establece una apreciación objetiva en la concurrencia de todos, introduciendo sólo en determinadas ocasiones un elemento subjetivo, coincidente con la acentuación del gasto realmente producido como factor decisivo de la cuantía de dietas anómalas, esto es, superiores («sobredieta») o inferiores a la pactada (superior, necesariamente, a la reglamentaria) individualmente (289).

2. *Aplicabilidad del principio de respeto a las condiciones más beneficiosas*

Dos diversas cuestiones planteamos ahora: una, si aun cesando las causas que motivaron la dieta persistirá el derecho a la misma; otra, si caso de haber entregado habitualmente el empleador dietas de superior cuantía a la fijada por la norma aplicable podrá el trabajador en sucesivos desplazamientos reclamarle esa dieta superior o, acaso, le será al empleador permitido rebajarla hasta el mínimo reglamentario o colectivamente convenido.

(287) La jurisprudencia exige al trabajador la prueba del desplazamiento y de la duración del mismo, al objeto de que el empleador pueda probar, asimismo, el cumplimiento de sus obligaciones [así, STCT 5-10-67 (*J. S.* núm. 24, núm. 566/67) y 20-9-72 (*J. S.* núm. 55, núm. 429/71)]. Análogamente, el trabajador habrá de probar la insuficiencia —justificando gastos— para que el empleador pueda probar la suficiencia de la nueva cuantía.

(288) *Supra*, II, C), c).

(289) Ya hemos visto [*Supra*, II, A), y B)] que, en general, la cuantía de la dieta, lejos de depender de los gastos efectivos, se basa en la duración del desplazamiento, o en los días de salida o llegada del centro habitual de trabajo.

Camps ha puesto de manifiesto cómo «para la jurisprudencia el principio de respeto a las condiciones más beneficiosas viene a identificarse con la regla *pacta sunt servanda*, y a suponer un límite infranqueable frente a pretendidas modificaciones unilaterales por parte del empleador de las condiciones laborales del trabajador de origen contractual —o contractualizadas por su incorporación al nexo contractual— ...» (290).

Partiendo de aquí, y naturalmente sin cuestionarse la validez de esta posición jurisprudencial, la segunda cuestión que viene referida tanto a la sobriedieta y a aquellas normas profesionales que fijan la cuantía de la dieta mediante el recurso a un sistema mixto o señalando una cantidad mínima y dejando al arbitrio de las partes el montante definitivo, igual o superior al fijado por aquélla, como a los supuestos en que el empleador incrementa voluntaria y unilateralmente su cuantía, situándola por encima de la señalada por la norma de aplicación, es de fácil solución, en tanto que nos hallamos, en todos los casos, ante pactos, ya contractuales, ya incorporados al nexo contractual, de modo que la aplicabilidad del principio es indiscutible. Con la única salvedad de que en la determinación de tales cuantías habrá de estarse a la concurrencia de los elementos tenidos en cuenta para el incremento, en su caso, oscilando entonces la cuantía de la dieta en función de aquélla, aunque habrá de respetarse siempre el mínimo pactado que, en definitiva, será el susceptible de aplicación del principio.

En cuanto a la otra cuestión planteada o persistencia del devengo de la dieta aun sin concurrir los requisitos que determinan su nacimiento o persistencia, la jurisprudencia se ha pronunciado terminantemente.

Además de cuantas sentencias afirman que sin desplazamiento no hay dieta, por expresarlo gráficamente, o acercándose aún más a lo planteado, las que afirman que «como el trabajo no se prestó, las mismas (dietas) no pudieron ser devengadas» (291), otras se refieren directamente al tema, negando explícitamente la posibilidad de aplicar el principio.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5-11-73 (292) sienta que «toda reclamación por cantidad, y aún más, la devengada por dietas, gastos de locomoción, etc., lleva implícita la declaración del derecho a su percibo mientras se devengan, pero no como condición más beneficiosa para el futuro, si no se dan las circunstancias reglamentarias, pactadas o voluntariamente otorgadas y condicionadas (293), o sea, hasta que cesen las circunstancias que las motivaron».

(290) *Los principios de norma más favorable...*, cit., pág. 217.

(291) STS 3-7-72 (A/1972, núm. 3722), Considerando 2.º de la primera sentencia.

(292) A/1973, núm. 4182.

(293) No se entiende cómo la sentencia puede hablar de condiciones «pactadas o voluntariamente otorgadas», en cuanto que aquéllas vienen fijadas, objetivamente, por las normas profesionales, so pena que se interprete como posibilidad del empleador de reducir o suprimir alguno de los requisitos fijados; nuevas condiciones que,

Entendemos que la doctrina es correcta en cuanto que si la dieta exige la concurrencia de determinados requisitos, su desaparición, total o parcial, conlleva la extinción de la misma, máxime cuando la dieta se configura, cuando menos en su fundamento, como reembolso de gastos y, por tanto, sujeta a su existencia real (lo que no es lo mismo que a su cuantía), que es claramente distinto a la concesión de una ventaja o condición más favorable, en comparación a la situación anterior, cuya causa es precisamente *mejorarla*, mientras que el reembolso se dirige, en cambio, a *mantenerla*.

Sólo en el caso de sostenerse la naturaleza parcialmente salarial de la dieta podría cuestionarse esta construcción en razón a que ese beneficio o salario mejora la situación anterior, o previa al desplazamiento. Pero aún así, es forzoso reconocer que nos hallaríamos, a semejanza de los complementos por puesto de trabajo, ante un beneficio salarial *no consolidable* y únicamente devengado en tanto se prolonga la causa que lo motivó, esto es, el desplazamiento.

VI. CONCLUSIONES

1.^a La dieta se configura, por la doctrina científica y la jurisprudencia, como un reembolso de gastos al que está obligado el empleador al objeto de evitar una merma salarial del trabajador y/o recompensar una mayor incomodidad en la ejecución del trabajo.

2.^a La causa de tal configuración y la exclusión de la dieta, al menos parcialmente, de las percepciones salariales se encuentra en el concepto histórico de salario presente en la legislación de accidentes, a cuya luz se interpretan posteriormente los artículos 27 y 37 de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, respectivamente.

3.^a La jurisprudencia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Desplazamiento:

- Del centro habitual de trabajo.
- A localidad distinta a donde aquél radica.
- Accidental o no habitual.

cara a futuros desplazamientos, no podrán ser desconocidas por el empleador, por aplicación, precisamente, del principio que comentamos. Sin embargo, y a pesar de ello, es discutible que en tales supuestos nos encontremos ante dietas en sentido estricto, en tanto que la norma reglamentaria fija unos requisitos que la configuran no en su cuantía sino en su esencia, de modo que su reducción o supresión la vendrían a deformar. Aun cuando el peligro no es este, sino la ocultación de percepciones bajo este devengo, al objeto de defraudar al trabajador (cotización al Régimen General de Seguridad Social, etc.).

- b) Involuntario, o por necesidad del servicio.
- c) Temporal, o de duración determinada.

4.^a La fundamentación jurídica de la dieta se halla en la existencia de gastos por causa del desplazamiento. Sin embargo, el centro de gravedad se sitúa en el desplazamiento del trabajador, de modo que aun produciéndose tales gastos (los cubiertos por la dieta: de manutención y alojamiento) si su causa no es el desplazamiento exigido por la norma profesional (completada por la doctrina jurisprudencial), no será devengada dieta alguna.

5.^a La dieta es susceptible de clasificarse en tres tipos, en función de los gastos que origine el desplazamiento (dieta y media dieta), la cuantía de la dieta (dieta y sobredieta) y la modalidad de pago de la misma (cantidad alzada y predeterminada, previa justificación de gastos, y sistema mixto).

6.^a Las circunstancias subjetivas del trabajador no alteran el derecho a dieta en tanto que concurren objetivamente los requisitos que la determinan.

7.^a Hasta la promulgación de la LRL el trabajador percibía la dieta señalada por la norma profesional o pactada de aplicación en el lugar accidental de trabajo, o localización final del desplazamiento, salvo que existiera norma más favorable o condición más beneficiosa. Sin embargo, el artículo 4.º, 1, de la LRL viene a modificar sustancialmente el esquema (jurisprudencial) precedente al optar por la comparación global entre normas concurrentes e impedir proceder a un análisis individualizado de aspectos parciales de aquéllas.

8.^a Como consecuencia de su naturaleza extrasalarial, la dieta:

- a) No es absorbible ni compensable, a menos que se pruebe pacto expreso por un mayor salario al reglamentario o colectivamente convenido, y el número y cuantía de las dietas (294).
- b) No puede considerarse incluida en cómputo (salarial) anual (295).
- c) No es computable a efectos de gratificación extraordinaria de vacaciones (296).
- d) No es computable a efectos de salarios de tramitación e indemnización por despido nulo o improcedente (297).

(294) STCT: 13-5-70 (*J. S.* núm. 41, núm. 316/70); 23-9-71 (*J. S.* núm. 48, número 414/71); 6-6-72 (*J. S.* núm. 53, núm. 312/72); 17-11-72 (*J. S.* núm. 56, núm. 544/72); 16-1-73 (A/1973, núm. 118); 5-2-73 (A/1973, núm. 515); 15-10-74 (A/1974, núm. 4062); 30-3-76 (A/1976, núm. 1754); 3-5-76 (A/1976, núm. 2256).

(295) STCT: 25-2-72 (*J. S.* núm. 53, núm. 311/72); 9-2-73 (A/1973, núm. 613); 12-3-74 (A/1974, núm. 1251).

(296) STCT: 9-7-68 (*J. S.* núm. 29, núm. 453/68).

(297) STS: 3-7-72 (A/1972, núm. 3722); 15-2-72 (A/1972, núm. 513); STCT: 14-2-68 (*J. S.* núm. 27, núm. 138/68); 26-11-74 (A/1974, núm. 4990), con cita de las de 16-10-67 y 11-12-69.

e) La dieta no se incluye en el salario regulador de las diversas prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (298).

GABRIEL GARCÍA BECEDAS

(298) STCT 29-3-73. STS: 23-2-74 (A/1974, núm. 1001); 6-7-71 (A/1971, núm. 3296); 5-2-70 (A/1970, núm. 619); 27-2-70 (A/1970, núm. 1658); 6-2-69 (A/1969, núm. 4550); 13-6-67 (A/1967, núm. 2322); 18-11-66 (A/1966, núm. 5217); 18-3-61 (A/1961, núm. 2085); 10-5-61 (A/1961, núm. 2120); 28-9-61 (A/1961, 3423); 10-5-60 (A/1960, núm. 2354); 12-1-59 (A/1959, núm. 11); 13-2-59 (A/1959, núm. 260); 21-2-59 (A/1959, núm. 281); 14-3-59 (A/1959, núm. 758); 26-11-59 (A/1959, núm. 4594); 31-12-59 (A/1959, núm. 4918); 28-4-59 (A/1959, núm. 1737); 26-11-56 (A/1956, núm. 2781).