

# MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

**16655** *RESOLUCIÓN de 30 de julio de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Laudo Arbitral de 14 de julio de 2003, acerca de la inclusión de determinadas cláusulas adicionales en los contratos de nuevo ingreso en el grupo ENDESA.*

Visto el contenido del Laudo Arbitral de fecha 14 de julio de 2003 dictado por D. Tomás Sala Franco en el procedimiento de arbitraje seguido en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje acerca de la inclusión de determinadas cláusulas adicionales en los contratos de nuevo ingreso en el Grupo ENDESA y del que han sido parte las Secciones Sindicales de Endesa de UGT y CC.OO y el Grupo ENDESA, y de conformidad con lo establecido en el artículo 91 en relación con el artículo 90, apartado 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 11.7 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales y en el Real Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre registro y depósito de Convenios Colectivos de trabajo,

Esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.—Ordenar la inscripción del citado Laudo Arbitral en el correspondiente Registro de este Centro Directivo.

Segundo.—Disponer su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Madrid, 30 de julio de 2003.—La Directora general, Soledad Córdova Garrido.

## LAUDO ARBITRAL

Que emite el árbitro D. Tomás Sala Franco, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Estudio General, en el conflicto jurídico laboral de ámbito estatal sometido a su arbitraje por las secciones sindicales de Endesa de U.G.T. y C.C.O.O. y el Grupo Endesa, conforme al acuerdo arbitral por ellas suscrito el 23 de abril de 2003 y modificado en cuanto a la designación de un nuevo árbitro y del plazo para dictar el Laudo, en el marco de las previsiones enunciadas en el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (en adelante, A.S.E.C.) y de su Reglamento de Aplicación (en adelante, R.A.S.E.C.), siendo parte, de un lado, D. Manuel García Sánchez y D. Vicente Mirón C.C.O.O. y D. Juan Riquelme Brotons, como representante de Endesa.

En Madrid, a catorce de julio de dos mil tres, tras el análisis del conflicto sometido a arbitraje, procedo a dictar el presente Laudo Arbitral, de conformidad con los siguientes

### Antecedentes de hecho

Primero.—El 18 de marzo de 2003, la Sección Sindical de U.G.T. de Endesa presenta escrito ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (en adelante, S.I.M.A.) por el que promueve procedimiento de mediación sobre conflicto colectivo, previo a la vía jurisdiccional laboral de conformidad a lo dispuesto en el art. 154.1 de la L.P.L., acerca de la inclusión de determinadas cláusulas adicionales en los contratos de nuevo ingreso (cláusula adicional 6.<sup>a</sup>, relativa a la movilidad geográfica; cláusula adicional 7.<sup>a</sup>, relativa a turnos, horarios y jornadas; cláusula adicional 8.<sup>a</sup>, relativa a la conducción de vehículos; cláusula adicional 10.<sup>a</sup>, relativa a la compensación de deudas; y cláusula adicional 11.<sup>a</sup>, relativa a la no concurrencia: incompatibilidades) que considera contrarias a lo dispuesto en las normas legales y convencionales de aplicación, solicitando se consideren como no puestas las de igual carácter contenidas en los contratos celebrados con personal de ingreso posterior a la vigencia del I Convenio Marco del Grupo Endesa, de fecha 25 de octubre de 2000.

Segundo.—Con fecha 23 de abril de 2003, según consta en el Acta correspondiente a esta fecha, ambas partes acuerdan someterse a un procedimiento de arbitraje en derecho en la sede del S.I.M.A., señalando que el objeto del arbitraje es la legalidad de las cláusulas adicionales a que se refiere la solicitud de mediación, además de la cláusula adicional 3.<sup>a</sup>, relativa a la jornada de trabajo y designando como árbitro a D. José Vida Soria.

Tercero.—Ante la eventualidad de circunstancias personales inhabilitantes manifestadas por el árbitro designado D. José Vida Soria, las partes, en la reunión efectuada el 28 de mayo de 2003, acuerdan designar en su lugar a D. Tomás Sala Franco, así como ampliar el plazo fijado para dictar el Laudo hasta el día 30 de julio de 2003.

Cuarto.—En el trámite de comparecencia de las partes en presencia del árbitro en la sede del S.I.M.A. el día 18 de junio de 2003, ambas representaciones exponen sucintamente sus posiciones y los argumentos en apoyo de las mismas acerca del conflicto planteado.

Quinto.—De las alegaciones y documentos presentados, de las aclaraciones que a las preguntas del árbitro realizaron las partes en su comparecencia y de los documentos y datos requeridos por el árbitro a las mismas con posterioridad, han resultado probados los siguientes hechos, relevantes todos ellos para la resolución del conflicto sometido a arbitraje:

1.º El Acuerdo Decimotercero del Acuerdo Complementario sobre los procesos de reordenación societaria y reorganización empresarial del Grupo Endesa, de 27 de noviembre de 1999 (B.O.E. de 22 de febrero de 2000) (en adelante, Acuerdo Complementario), viene a señalar lo siguiente:

«1. Ambas partes convienen en estimar que la negociación colectiva constituye el medio más adecuado para una gestión participada de las relaciones laborales, capaz de conjugar, en un clima de paz social, el logro de los objetivos empresariales de competitividad y eficiencia y la consecución de los objetivos sindicales de defensa de los intereses de los trabajadores.

2. En aplicación de este principio general y dentro del marco de los compromisos asumidos en el artículo 19 del Acuerdo I, las partes acuerdan establecer un Acuerdo o Convenio Marco de Grupo, con los objetivos de:

a) Establecer un marco general de convergencia en las materias recogidas en el apartado 3.c) del presente artículo, para la armonización de las condiciones laborales existentes en la actualidad, que permita la competitividad empresarial.

b) Fijar las condiciones de las nuevas contrataciones que permitan al conjunto de las empresas del Grupo, competir con eficiencia en el nuevo marco empresarial en el que se desarrolla la actividad.

3. La negociación del Convenio Marco se sujetará a los siguientes criterios:

a) En el plazo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo, se procederá a la constitución de la Comisión Deliberadora, función que será asumida por la Mesa de Negociación del Grupo. Dicha Comisión negociará conforme al principio de buena fe y con vistas a alcanzar un acuerdo en el ámbito de sus competencias.

b) La estructura convencional en el Grupo Endesa responderá al principio de articulación entre los niveles negociales cuya constitución se acuerde. El Convenio Colectivo de nivel inferior será el de empresa.

c) El Convenio Marco del Grupo Endesa tendrá competencia exclusiva para regular, en todo caso, las materias siguientes: Bases del tiempo de trabajo, estructura salarial, bases de la movilidad funcional y de la geográfica, promoción profesional, formación profesional, régimen disciplinario, seguridad y salud en el trabajo, acción sindical, previsión social complementaria, mejoras sociales, clasificación profesional, así como condiciones de las nuevas contrataciones.»

2.º En el I Convenio Marco del Grupo Endesa, de 27 de noviembre de 2000 (B.O.E. de 13 de diciembre de 2000) (en adelante, Convenio Marco), se constatan las siguientes cláusulas relevantes:

«Artículo 1. 2. En razón de la legitimación negocial que ostentan las partes firmantes, el presente Convenio se suscribe al amparo de lo establecido en el Título III de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) y, por tanto, está dotado de eficacia general y aplicación directa dentro de sus ámbitos de aplicación. En consecuencia, será de aplicación directa y preferente respecto de los Convenios colectivos vigentes o prorrogados en las empresas a las que se extiende su ámbito funcional de aplicación y respecto de las materias aquí reguladas.

3. No obstante lo anterior, los convenios colectivos que en el momento de la firma del presente Convenio Marco se encuentren en vigor, bien por no haber vencido el plazo inicialmente pactado, bien por encontrarse en situación de prórroga provisional en virtud de lo dispuesto en art. 86.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, mantendrá su vigencia en todas sus condiciones, a excepción de aquellas que hayan sido expresamente reguladas por el Convenio de Grupo, por el presente o por el que en el futuro le sustituya.

4. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entiende que el presente Convenio de Grupo deroga exclusivamente las condiciones siguientes:

- a) Sistemas de clasificación profesional en los términos establecidos en el artículo 10.3.
- b) Tabla salarial en los términos establecidos en el artículo 19.3.c).
- c) Promoción, en los términos establecidos en el art. 12.4 y Formación Profesional.
- d) Gastos de desplazamiento y locomoción, en los términos establecidos en el artículo 24 y en la Disposición Transitoria Cuarta.»

«Artículo 2.1. De acuerdo con el ámbito funcional establecido en el Acuerdo de reordenación societaria y reorganización empresarial del Grupo Endesa de 27 de abril de 1999, el presente Convenio Marco será de aplicación al Grupo Endesa, constituido por Endesa SA, así como por todas aquellas filiales, domiciliadas en España, que se vean afectadas por el proceso de reordenación societaria y reorganización empresarial diseñado por el citado Grupo.»

«Artículo 3.1. El presente Convenio Marco será de aplicación a todos los trabajadores que presten servicios en las empresas incluidas en su ámbito funcional, sea cual fuera la modalidad contractual concertada, la categoría profesional ostentada o el puesto de trabajo desempeñado, con excepción del personal que actualmente está excluido en cada uno de los convenios colectivos vigentes o prorrogados.»

«Artículo 17. En tanto en cuanto no se alcance un acuerdo definitivo de jornada, el personal de nuevo ingreso tendrá una jornada de 1716 horas ordinarias anuales de trabajo efectivo, distribuidas de conformidad con los horarios aplicables en cada empresa, línea de negocio o centro de trabajo.»

«Disposición Final Séptima.2. La movilidad geográfica en el seno de la empresa, se seguirá regulando por las normas contenidas en el convenio colectivo de origen.»

3.º En el Acta de la reunión de la Comisión de seguimiento e Interpretación del Convenio Marco, de 25 de abril de 2002, se constatan los siguientes Acuerdos acerca de las cláusulas adicionales de los contratos de trabajo:

«Primero. Interpretación del párrafo 4.º del art. 19.2 del I Convenio Marco del Grupo Endesa.—«Al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19.2 y hasta tanto no se negocie un nuevo régimen, los complementos salariales de turnicidad, nocturnidad, disponibilidad o retén, tipo de jornada o puesto de trabajo, y trabajos extraordinarios, del personal que haya ingresado en alguna de las empresas a las que se extiende el ámbito funcional del Convenio Marco, con posterioridad al 25 de octubre de 2000, se registrarán en su cuantía y condiciones de percepción por lo previsto en el convenio o pacto de empresa vigente en el ámbito donde se ubique el centro de trabajo en el que dichos trabajadores presten sus servicios. A tal efecto se acuerda que, en los supuestos de concurrencia de varios convenios colectivos o de inexistencia de convenio colectivo de aplicación, el convenio de referencia en cada uno de los distintos ámbitos geográficos será el siguiente: En Andalucía y Extremadura: El convenio colectivo de Sevillana. En Cataluña: El convenio colectivo de Enher. En Galicia, León, Madrid, Ceuta, Melilla, Andorra y Canarias: El convenio colectivo de Endesa SA. En Baleares: El convenio colectivo de Gesa. En Canarias: El convenio colectivo de Unelco. En Aragón: El convenio colectivo de ERZ. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, las partes acuerdan que con carácter inmediato y en el seno de la Comisión Negociadora de Materias Concretas se procederá a la negociación tendiente a alcanzar un acuerdo que regule el nuevo régimen y cuantía de los complementos salariales que se recogen en el párrafo 4.º del artículo 19.2. Al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el párrafo anterior las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo antes del 31 de julio de 2002.»

«Octavo.—Varios. Cláusulas adicionales de los contratos de trabajo: Las cláusulas de los contratos de trabajo que sean contrarias o limiten los derechos previstos en el Convenio Marco o en los convenios colectivos de origen que resulten de aplicación, se tendrán por no puestas, quedando sin efecto.»

4.º Con posterioridad a la firma del Convenio Marco, la Dirección de la Empresa ordena a través de correo electrónico de fecha 30 de noviembre de 2000, orden que se viene ampliando en la generalidad de las empresas incluidas en el ámbito funcional del Convenio Marco, que se incluyan en los contratos de trabajo del personal de nuevo ingreso una serie de cláusulas adicionales obligatorias, entre las que figuran las seis impugnadas por la representación de los trabajadores en este conflicto. Así:

Cláusula 3.ª «Jornada de trabajo.—Se establece una jornada anual de 1.716 horas de trabajo efectivo distribuidas con arreglo a los horarios de aplicación en la Empresa o centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios.

El trabajador se compromete a realizar las horas extraordinarias que la Empresa le ordene dentro de los topes legales establecidos. A estos efectos ambas partes reconocen como tal el tope máximo de 80 horas/año por encima de la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo establecida en 1.826,4 horas anuales.

Con respeto, en todo caso, a lo establecido en el Convenio Colectivo que resulte de aplicación, los excesos en la jornada que se produzcan por necesidades del servicio y que fueran solicitados expresamente por la Empresa serán compensados con tiempo equivalente de descanso, sin que tengan la consideración de horas extraordinarias.»

Cláusula 6.ª «Movilidad geográfica.—La Empresa está integrada en Grupo Endesa, cuyo ámbito de actuación es tanto nacional como internacional, y participa activamente con su metodología, tecnología, experiencia y equipo humano en la consecución de los objetivos marcados por el Grupo. De estas circunstancias es conceder al trabajador, quien manifiesta expresamente su conformidad con la participación formulada.

Considerando lo anterior, existe la posibilidad de que la Empresa, por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas necesite trasladar al trabajador a localidad distinta y que exija un cambio de residencia del mismo. En este supuesto, el traslado se realizará de acuerdo con la normativa existente al efecto.»

Cláusula 7.ª «Turnos, horarios y jornada.—Ambas partes acuerdan, para toda la vigencia de este contrato, que la Empresa podrá modificar el régimen de trabajo, con carácter temporal o permanente, estableciendo jornadas y horarios diferentes, incluida su posible distribución irregular, así como el paso a un régimen de turnos, correturnos o a cualquier otro tipo de jornada.

A conveniencia de la Empresa, el correturnos puede prestar su trabajo en un determinado régimen de forma habitual, e incorporarse al turno cuando por ausencias u otras causas lo requiera el servicio.»

Cláusula 8.ª «Conducción de vehículos.—Siempre que sea requerido, el trabajador se compromete a conducir los vehículos que la Empresa ponga a su disposición para el desempeño de su trabajo y, si fuera preciso, a poner su propio vehículo al servicio de la Empresa percibiendo por ello las compensaciones por kilometraje establecidas al efecto.»

Cláusula 10.ª «Compensación de deudas.—El trabajador acepta que cualquier deuda contraída con el Grupo Endesa durante la vigencia de este contrato, ya sea de naturaleza salarial, en dinero o en especie, de beneficios sociales o de cualquier otra índole, y en especial las cantidades que adeude a las empresas suministradoras en concepto de suministro de energía eléctrica o de gas, pueda ser compensada con cargo a los haberes del trabajador pendientes de liquidación en el momento en que la empresa así lo decida.

De no ser posible esta compensación por finalizar las obligaciones de pago para la empresa, el firmante presta su consentimiento ahora para que el pago de lo adeudado se realice con cargo a la cuenta en la que tenía domiciliada la nómina.»

Cláusula 11.ª «No concurrencia; incompatibilidades.—El trabajador se compromete, durante la vigencia de este contrato a no prestar servicios en régimen laboral o mercantil, bien personalmente, bien a través de alguna entidad con la que mantuviera relación laboral, mercantil o de propiedad, o bien a través de terceras personas, para cualquier entidad cuya actividad pudiera estar en concurrencia comercial con las que desarrolle el Grupo Endesa.

En todo caso se entenderá que se produce la concurrencia comercial referida si los servicios antes mencionados fueran prestados para entidades que, por su actividad, estén encuadradas en el ámbito de la Ley del Sector Eléctrico.

En el supuesto que las situaciones prohibidas antes descritas, se produjeran sin mediar previa y expresa autorización por parte del Grupo Endesa, tendrán la consideración de incumplimiento contractual grave y culpable y, por tanto, será causa de extinción del contrato por motivos disciplinarios.»

5.º Con fecha 30 de junio de 2003, D. Carlos Guiberteau Pérez, Secretario de Acción Sindical de UGT-Endesa, presenta a petición de este árbitro, una Manifestación de Parte de la que se deduce que, salvo en lo relativo a la Jornada de Trabajo (art. 17.1 del Convenio Marco), ninguno de los aspectos regulados por las cláusulas adicionales contractuales cuestionadas ha sido planteado o debatido en la negociación del I Convenio Marco.

## Fundamentos de Derecho

Primero.—En lo relativo a la legalidad estatutaria de las cláusulas adicionales contractuales cuestionadas, conviene señalar lo siguiente:

1.º En relación con la cláusula 3.ª, relativa a la jornada de trabajo, cabe distinguir entre las afirmaciones vertidas en cada uno de sus tres párrafos. Así:

a) El primer párrafo, relativo a la jornada de trabajo anual de trabajo efectivo y a su distribución —1716 horas de trabajo efectivo distribuidas con arreglo a los horarios de aplicación en la Empresa o centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios—, se ajusta perfectamente a la legalidad (art. 35.1 del E.T.), por respetar la jornada máxima legal establecida en el art. 341 del ET.

b) Por lo que se refiere al párrafo segundo relativo a las horas extraordinarias, nada que objetar desde la perspectiva de su legalidad al compromiso del trabajador a realizar las horas extraordinarias que la Empresa le ordene «dentro de los topes legales establecidos», dado que el art. 35.4 del ET establece que la prestación de las horas extraordinarias puede ser obligatoria para el trabajador cuando su realización se hubiese pactado en el contrato individual de trabajo «dentro de los límites del apartado 2 de este artículo», relativo al número máximo de horas extraordinarias (por todas, S.T.S. de 20 de diciembre de 1990, Ar/210).

Ahora bien, resulta, por el contrario, clara la ilegalidad del establecimiento del tope máximo de 80 horas/año por encima de la duración máxima legal y no de la duración máxima convencional, por cuanto el art. 35.1 del E.T. define las horas extraordinarias como «aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior» y en el artículo anterior «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos» (art. 35.1 del E.T.) (por todas, S.T.S. de 18 de septiembre de 2000, Ar/9667), sin que pueda proporcionar cobertura a una ilegalidad respecto del art. 35 del E.T. el hecho de que en el Acuerdo Complementario al XVI Convenio Colectivo Eléctrico de Endesa de 29 de mayo de 1996 (acuerdo 3) figure tal posibilidad.

c) En cuanto al tercer párrafo, en el que se afirma que, salvo que el convenio colectivo aplicable establezca otra cosa «los excesos en la jornada que se produzcan por necesidades del servicio y que fueran solicitados expresamente por la Empresa serán compensados con tiempo equivalente de descanso, sin que tengan la consideración de horas extraordinarias», hay que señalar que, si lo que se pretende decir, con dicción desafortunada, es que estos «excesos de jornada» compensados con tiempo equivalente no computan a los efectos del número máximo de horas extraordinarias, resulta perfectamente legal ya que estos efectos son los que, con diferente dicción, y considerándolas «horas extraordinarias», establece el art. 35.2, 2.º párrafo del E.T. al señalar que «a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior (número máximo de horas extraordinarias a realizar) no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización». Ahora bien, a todos los demás efectos, hay que entender, con la ley (art. 35.1 del E.T.), que son horas extraordinarias y no un «tertium genus», como parece deducirse de la cláusula adicional contractual.

Se trata, por tanto, de una cláusula contractual nula por ilegal en lo relativo al cómputo del tope máximo de 80 horas/año por encima de la duración máxima legal y no de la duración máxima convencional como la ley exige; y en lo relativo a la calificación de los «excesos por necesidades del servicio» como horas no extraordinarias a efectos distintos del cómputo del número máximo de horas extraordinarias. Cláusula contraria, por todo lo anterior, a lo dispuesto en el art. 35.1 del E.T.

2.º La cláusula 6.ª, sobre movilidad geográfica, tal como aparece redactada, no pasa de ser una mera «información» o «recordatorio» al trabajador de nuevo ingreso que se contrata de que, dadas las características del Grupo Endesa, suele haber traslados justificados por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas a localidad distinta que exige el cambio de residencia del trabajador ya que, según establece expresamente la cláusula, «en este supuesto, el traslado se realizará de acuerdo con la normativa existente al efecto», esto es, conforme a lo dispuesto en el art. 40 del E.T., con lo que esta cláusula adicional contractual no conculca propiamente la legalidad al remitirse a ella.

Por ello, en ningún caso, cabe interpretar la referencia del primer párrafo —de estas circunstancias es conceder al trabajador, quien manifiesta expresamente su conformidad con la participación formulada—, como una «abdicación» o «renuncia» del trabajador a su derecho a que los traslados —individuales o colectivos— se hagan al margen del procedimiento establecido en el art. 40 del E.T., esto es, al margen de las causas, de los procedimientos y de los efectos en él establecidos, lo que resultaría contrario a los arts. 1256 del Código Civil y 3.5 del ET. Y, en particular, la existencia o no de causa (económica, técnica, organizativa o de producción) deberá juzgarse con independencia de esta cláusula contractual, sin que quepa deducir de ella la existencia de una presunción general de que existe causa justificativa en todos los casos, debiendo valorarse las circunstancias de cada caso.

Lo anterior no obsta, desde luego, a que, puntualmente, pueda haber un acuerdo o pacto individual en cada oportunidad de traslado ofertado

por la empresa al trabajador, ya que el régimen jurídico legal de los traslados sólo juega en defecto de pacto individual, eso sí, libre de vicios en el consentimiento de las partes (error, dolo, violencia e intimidación).

Se trata, por tanto, si rectamente interpretada, de una cláusula contractual legalmente válida.

3.º Respecto de la cláusula séptima, relativa a turnos, horarios y jornada, globalmente considerada, cabe afirmar su nulidad por ilegal ya que implica una renuncia anticipada al procedimiento legal de modificación sustancial de las condiciones que afectan al tiempo de trabajo (jornada, horarios y turnos) establecido en el art. 41 del ET, norma de derecho necesario absoluto —no dispositiva— que exige por ello el correspondiente respeto por parte del contrato individual.

No hay duda, en este sentido, de que pactar en el contrato individual que, durante «toda la vigencia del contrato», la empresa «podrá modificar el régimen de trabajo, con carácter temporal o permanente» supone un atentado a lo dispuesto con carácter imperativo en el art. 41 del E.T., respecto de las causas, el procedimiento y los efectos de estas modificaciones sustanciales, implicando una renuncia de derechos por parte del trabajador prohibida por el art. 3.5 del E.T. Ello sería tanto como aceptar que una parte muy importante de la ejecución del contrato —el tiempo de trabajo— se dejara en manos de una de las partes contratantes —el empresario— cosa contraria al principio general de los contratos establecido en el art. 1256 del Código Civil, según el que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Lo que no obsta, desde luego, como sucedía con la cláusula anterior, a que, puntualmente, puedan realizarse pactos individuales, libres de vicios en el consentimiento de las partes, por los que el trabajador acepte un cambio de la jornada, del horario o de los turnos, aceptando las ofertas hechas por la empresa. Hay que diferenciar claramente, en este sentido, entre el pacto individual abstracto que establece una potencial discrecionalidad o unilateralidad de la empresa para modificar sustancialmente en el futuro las condiciones de trabajo (jornada, horario y turnos, en este caso) y el pacto individual concreto por el que el trabajador acepta la puntual oferta empresarial modificativa, dado que el régimen jurídico legal de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sólo juega en defecto del pacto individual, siempre y cuando, desde luego, este último sea respetuoso con la ley y con el convenio colectivo aplicable.

Se trata, por tanto, de una cláusula contractual nula por ilegal, contraria a los arts. 3.5 y 41 del E.T.

4.º En relación con la cláusula octava, relativa a la conducción de vehículos, aunque llame la atención, en el plano de la oportunidad, la inclusión de dicha cláusula en la generalidad de los contratos, incluidos los puestos de trabajo que no exigen desplazamientos, en sí misma no implica ilegalidad alguna, por cuanto la exigencia por la empresa al trabajador en el momento de contratar del carnet de conducir y/o de disponer de vehículo particular para ponerlo al servicio de la empresa, mediante la oportuna compensación económica, no constituye una exigencia contractual legalmente ilícita, existiendo muchas relaciones laborales en las que el trabajador aporta ciertos medios de producción sin que ello se considere ilegal o abusivo ni contrario a la esencia misma de las relaciones laborales por cuenta ajena.

Se trata, por tanto, de una cláusula contractual legalmente válida.

5.º Respecto de la cláusula décima, relativa a la compensación de deudas, con carácter general, el art. 1195 del Código Civil prevé la compensación de deudas «cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra», siempre y cuando concurren los requisitos exigidos por el art. 1196 del mismo texto legal, sin que existan otros límites adicionales de orden público procedentes de norma laboral alguna.

Así, la compensación de deudas será lícita cuando:

- a) los dos obligados sean deudores principales,
- b) ambas deudas consistan en una cantidad de dinero,
- c) estén vencidas,
- d) sean líquidas y exigibles y
- e) no exista retención o contienda promovida por terceras personas.

En el presente caso, de darse todas las circunstancias exigidas por el tipo legal para que pueda existir una compensación de deudas entre empresario y trabajadores, no parece que exista inconveniente legal alguno para pactar la compensación de deudas en el contrato individual de trabajo. Así, existirán deudas del trabajador perfectamente concretadas respecto de las cuales cabrá esta compensación sin problemas, sin que de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio y de 18 de abril de 2002, referidas fundamentalmente a un problema de competencia jurisdiccional, se derive otra cosa.



Por lo que se refiere a la compensación en cuenta corriente bancaria, nada que objetar, por tratarse en el fondo de una mera domicialización del pago efectuada por una particular.

Se trata, por tanto, de una cláusula legalmente válida si se respetan los requisitos establecidos por el art. 1196 del Código Civil.

6.º Finalmente, respecto de la cláusula undécima, relativa a la no concurrencia e incompatibilidades, su tenor literal responde propiamente a una delimitación contractual de la «concurrencia desleal», concepto jurídico indeterminado a que se refiere el art. 21.1 del E.T., prohibiéndola.

En todo caso, en la integración o interpretación del concepto legal de «concurrencia desleal» deberán jugar los criterios jurisprudenciales, sin que, por pacto individual, pueda exigirse más que por ley en este punto, dado que está en juego el derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 de la Constitución, a salvo, desde luego, la posibilidad de establecer un «pacto de plena dedicación» para el que la ley exige una compensación económica expresa, estableciendo además la libertad de rescisión del pacto del trabajador en cualquier momento, si bien con obligación de preavisar con treinta días de antelación (art. 21.1 y 3 del E.T.).

Profundizando en esta lógica interpretativa, del análisis comparativo entre esta cláusula y la jurisprudencia interpretativa del art. 21.1 del E.T. es posible obtener las siguientes conclusiones:

a) La jurisprudencia incluye en la concurrencia desleal el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia (por todas, S.T.S. de 29 de marzo de 1990, Ar/2367), cosa que hace igualmente la cláusula contractual.

b) La jurisprudencia entiende que para que haya concurrencia desleal ha de tratarse de trabajos del mismo sector de actividad (por todas, S.T.S. de 22 de octubre de 1990, Ar/7322) si bien matiza que sólo habrá concurrencia desleal «cuando se utilicen los conocimientos adquiridos en la empresa» y no en caso contrario (por todas, S.T.S. de 22 de octubre de 1990, Ar/7932), mientras la cláusula contractual considera que hay «concurrencia comercial» si los servicios se prestan en el sector eléctrico, sin otros matices, excediéndose en este sentido del concepto legal de concurrencia desleal interpretado por los tribunales.

c) Para que haya concurrencia desleal es necesario que no exista consentimiento o autorización del empresario (por todas, S.T.S. de 5 de abril de 1990, Ar/3110), exigencia existente también en la cláusula contractual (párrafo tercero).

d) Finalmente, según la jurisprudencia, para que haya concurrencia desleal no es preciso que se deriven beneficios directos para el trabajador (por todas, S.T.S. de 30 de marzo de 1987, Ar/1756) ni que existan perjuicios efectivos o reales en la empresa, bastando con los potenciales que se presumen «iuris tantum» en el caso de que el trabajador trabaje en actividades análogas (por todas, S.T.S. de 8 de marzo de 1991, Ar/1840), mientras que para la cláusula contractual basta con que se trabaje en el sector eléctrico, sin admitir la prueba en contrario de la existencia de daño para la empresa y excediéndose también aquí respecto de la interpretación jurisprudencial del concepto legal de «concurrencia desleal».

En la medida en que la cláusula contractual es menos exigente que la jurisprudencia interpretativa de la ley en orden a la delimitación de la concurrencia desleal prohibida al trabajador, deberá considerarse ilegal.

Cabría, desde luego, salvar la legalidad de la cláusula, interpretando que se trata de un «pacto de cuasi-plena dedicación»; pero, en tal caso, como se indicó, la ley exige una compensación económica y la libertad de rescisión del pacto por el trabajador, aspectos que no aparecen en la cláusula contractual.

Por otra parte, el último párrafo de la cláusula contractual, referido al régimen disciplinario sancionador en el caso de incurrir el trabajador en la «concurrencia comercial» contractualmente prohibida, conculca frontalmente lo dispuesto en el art. 58.1 del E.T., según el cual «los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de la empresa en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable», no siendo posible legalmente que los contratos tipifiquen las faltas y las correspondientes sanciones.

Se trata, por tanto, de una cláusula nula por ilegal, contraria a los arts. 35.1 de la Constitución y 21.1 —según la interpretación jurisprudencial del mismo— y 59.1 del E.T.

Segundo.—En lo relativo a la legalidad convencional de las cláusulas adicionales contractuales cuestionadas, una primera cuestión previa a plantear se refiere a si en el Acuerdo Decimotercero del Acuerdo Complementario, como sostiene la representación de los trabajadores, se establece una reserva material convencional que impediría el juego de la autonomía individual contractual se haya o no negociado colectivamente sobre esa cuestión o si, por el contrario, como sostiene la representación empresarial, no existe tal reserva convencional y el Acuerdo Decimotercero lo que pre-

tende es simplemente la articulación de la negociación colectiva en el Grupo Endesa tras la reorganización empresarial efectuada, en cuyo caso la autonomía contractual seguiría existiendo en cuanto a las materias no negociadas colectivamente, con base en los arts. 1255 del Código Civil y 3.1.c) del E.T. y con los límites en ellos establecidos: No tratarse de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convencionales.

Aunque de la literalidad del primer párrafo del Acuerdo Decimotercero del Acuerdo Complementario, en relación con el segundo párrafo, apartado b), pudiera deducirse la existencia implícita de una renuncia absoluta de ambas partes a la autonomía contractual, esto es, la existencia de una reserva material convencional, me inclino a interpretar que se trata más bien de un «principio general» —como expresamente reconoce el párrafo segundo—, esto es, de una «recomendación» o «línea de comportamiento» de negociar colectivamente lo más posible, sin que ello pueda interpretarse como una norma convencional imperativa prohibitiva para las partes del contrato individual —y, en definitiva, para el empresario— de introducir cláusulas sobre materias no negociadas colectivamente.

Y ello, fundamentalmente, porque, aunque el Acuerdo analizado hubiera establecido con claridad mediana —cosa que, ciertamente, no sucede en este caso—, una reserva material convencional y una prohibición de actuación de la autonomía individual contractual, tal cláusula convencional debería considerarse ilegal por contraria a los arts. 1255 del Código Civil y 3.1.c) del E.T., donde, dentro del respeto a las lógicas limitaciones convencionales (y, por supuesto, legales), el pacto individual puede tener una eficacia normativa reguladora de las condiciones de trabajo.

Esta idea subyace, además, en la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa de las difíciles relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, que podríamos sintetizar así: Ni la autonomía individual puede acabar con la autonomía colectiva, ni la autonomía colectiva puede acabar con la autonomía individual. En este sentido, la S.T.C.O. 34/1984 declara que si bien la «eficacia del principio de la autonomía de la voluntad (individual)... aparece fuertemente mitigado en el Derecho del Trabajo... no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado... puede libremente disponer... respetando los mínimos legales o convencionales».

Parece, por tanto, que, dentro del obligado respeto a las normas legales y convencionales de derecho necesario absoluto y relativo, será posible lícitamente establecer cláusulas contractuales adicionales en las empresas del Grupo Endesa.

Tercero.—En este último sentido, de la literalidad de los arts. 1.º, apartados 2, 3 y 4; 3.º, apartado 1; 17.º; y Disposición Final Séptima del Convenio Marco, interpretados por la Comisión de Seguimiento e Interpretación del mismo, cabe concluir en el siguiente régimen jurídico aplicable a los trabajadores de ingreso posterior a la entrada en vigor del Convenio Marco:

a) En primer lugar, en las condiciones que hayan sido expresamente reguladas por el Convenio Marco y, en especial, en las cuatro condiciones enumeradas por el párrafo cuarto (clasificación profesional, tabla salarial, promoción y formación profesional y gastos de desplazamiento y locomoción), rige lo dispuesto en el Convenio Marco, no pudiendo las cláusulas contractuales contradecirlas, sino sólo mejorarlas.

b) En segundo lugar, en lo no regulado por el Convenio Marco, regirá lo establecido en los Convenios Colectivos del ámbito geográfico donde esté ubicado el centro de trabajo en el que el trabajador preste sus servicios, no pudiendo las cláusulas adicionales contractuales contradecirlas, sino sólo mejorarlas.

c) En tercer lugar, finalmente, en lo no regulado por el Convenio Marco o por los Convenios Colectivos de las empresas de origen, al no existir referente convencional, la empresa será, en principio, libre para establecer las cláusulas adicionales contractuales que estime oportunas, siempre que su contenido sea respetuoso con la legalidad estatutaria vigente.

d) Aplicando el esquema interpretativo anterior a la situación presente, es posible concluir, desde la perspectiva convencional, que:

1.º Las cláusulas contractuales adicionales 8.ª (Conducción de vehículos), 10.ª (Compensación de deudas) y 11.ª (No concurrencia: incompatibilidades) se refieren a materias no tratadas ni en el Convenio Marco ni en los Convenios Colectivos del ámbito donde se celebra el contrato, no conculcando por ello normativa convencional alguna aplicable.

2.º La cláusula 3.ª (Jornada de trabajo), por una parte, viene referida a un aspecto regulado por el Convenio Marco. Así, el art. 17.1 del Convenio Marco viene a coincidir casi literalmente con la cláusula contractual en cuanto a la duración máxima anual de la jornada y a su distribución horaria. La única diferencia apreciable se refiere al referente locacional de los horarios aplicables, la «empresa», el «centro de trabajo» o la «línea de negocio» en el Convenio Marco y la «empresa» y el «centro de trabajo»

en la cláusula contractual, debiendo en este punto considerar aplicable lo dispuesto en el Convenio Marco y nulo lo dispuesto en la cláusula contractual.

3.º La cláusula 6.ª (Movilidad geográfica) no contraría lo dispuesto en el Convenio Marco ya que en su Disposición Final Séptima, éste no hace sino remitirse a los convenios colectivos de origen. Así pues, la comparación habrá de hacerse con estos últimos.

En este sentido, en la medida en que la cláusula contractual se remite, al final de la misma, a «la normativa existente al efecto», incluyendo dentro de esta última, no sólo al art. 40 del ET sino también a las cláusulas de los convenios colectivo de las empresas de origen que sean aplicables y que mejoren lo dispuesto en aquel [así, el art. 22.e) del Convenio de Unelco, el art. 25.4 del Convenio de Gesa o el art. 7.1 del Convenio de Sevillana], no parece que pueda considerarse la cláusula contractual contraria a la normativa convencional aplicable.

4.º La cláusula 7.ª (Turnos, horario y jornadas) regula un aspecto —el de la modificación del tiempo de trabajo,— que no viene regulado ni por el Convenio Marco ni por los convenios colectivos de las empresas de origen, que se limitan a regular los turnos y los horarios pero no el mecanismo para su modificación, aspecto concreto al que se refiere la cláusula contractual, por lo que tampoco puede considerarse a la misma contraria a la normativa convencional aplicable.

Así pues, desde la perspectiva convencional, de las cláusulas contractuales adicionales cuestionadas sólo resulta ilegal la parte de la cláusula 3.ª (Jornada de trabajo) que establece el referente locacional para la aplicación de los horarios, por contraria a lo dispuesto en el art. 17.1 del Convenio Marco.

Cuarto.—Una última cuestión a resolver, planteada por la representación de los trabajadores, se refiere a si, no obstante lo anterior, la empresa ha incurrido en «conducta antisindical» al elaborar una serie de cláusulas contractuales adicionales, obviando así la vía de la negociación colectiva.

Para concluir, es preciso replantear mínimamente la doctrina constitucional acerca de las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, derivable de cuatro importantes sentencias sobre el tema: Las SS.TC 105/1992, de 1 de julio; 208/1993, de 28 de junio; 107/2000, de 4 de mayo; y 225/2001, de 26 de noviembre.

En síntesis, esta doctrina podría resumirse así:

a) El derecho fundamental a la libertad sindical, reconocido en los arts. 7 y 28.1 de la Constitución conlleva el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos, en tanto que manifestación del libre ejercicio de la actividad sindical. Por tanto, negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio del derecho de negociación colectiva ha de entenderse no sólo como una vulneración del art. 37.1 de la Constitución sino también como una violación del derecho constitucional a la libertad sindical.

b) Las cuatro sentencias contemplan el supuesto de unas medidas decididas por la empresa e introducidas a través del acuerdo individual con cada trabajador afectado, suplantando así la autonomía colectiva por la autonomía individual a través de una «contratación en masa», de donde deduce el Tribunal Constitucional la existencia de una conducta antisindical del empresario.

c) En unos casos, las sentencias contemplan supuestos de modificación, vulneración o alteración a través de la contratación individual de lo dispuesto en el convenio colectivo (tal sucede en las SS.TC 103/1992 y 225/2001). En otros, sin embargo, las sentencias se refieren a supuestos en los que no se produce una modificación, vulneración o alteración de un convenio colectivo, por no existir un convenio colectivo regulador de la condición introducida por la contratación individual (tal sucede en las SS.TC 208/1993 y 107/2000).

d) En todo caso, el mínimo denominador común de estas sentencias pasa por la existencia de una contratación individual en masa de determinadas condiciones que, o bien se han pactado en convenio colectivo en sentido distinto, o bien se han negociado colectivamente y no se ha conseguido el acuerdo, habiéndose demostrado de los hechos probados que no existía por parte empresarial una real voluntad de negociación colectiva. Otro elemento adicional tenido en cuenta por estas Sentencias ha sido el de la mayor o menor importancia de las materias incluidas en la contratación individual en masa, entendiendo que existen materias importantes propias de la negociación colectiva y otras secundarias que considera irrelevantes para ella.

Así pues, a la luz de esta doctrina del Tribunal Constitucional, ciertamente indicativa de una línea dominante de protección de la autonomía colectiva frente a la autonomía individual, sin hacer, desde luego,

desaparecer ésta, es posible valorar la actuación de Endesa en el presente caso:

a) De una parte, ciertamente, se ha producido la introducción generalizada de una serie de cláusulas sobre distintas materias por la vía contractual individual. Cabe, por tanto, hablar de la utilización del cauce de la autonomía individual en masa, dándose así uno de los dos elementos de la conducta antisindical, a juicio del Tribunal Constitucional.

b) Por otra parte, sin embargo, en el presente caso, hasta el momento presente, ninguna de las cláusulas contractuales adicionales cuestionadas ha sido objeto de inclusión en las tablas reivindicativas en las mesas de negociación, tanto del Convenio Marco como de los distintos Convenios Colectivos de empresa vigentes, salvo en lo referente a la duración máxima de la jornada y su distribución horaria (ver supra), como se deduce de la Manifestación de Parte del Secretario de Acción Sindical de UGT-Endesa, de fecha 30 de junio de 2003, no dándose, por tanto, el segundo de los elementos de la conducta antisindical, esto es, la invasión, deliberada o no, del espacio que la negociación colectiva ha ocupado o pretendía ocupar.

c) Por su parte, las materias contempladas en las cláusulas adicionales se refieren en algunos casos a materias de escasa importancia (conducción de vehículos o compensación de deudas), aunque no así en otros (tiempo de trabajo, movilidad geográfica, jornada o concurrencia desleal).

Por todo ello, no creo que pueda hablarse en este caso, propiamente, de conducta antisindical por parte de la empresa que, tan sólo, ha pretendido ocupar un espacio no ocupado por la negociación colectiva y ni siquiera debatido en las mesas de negociación (cláusulas 7.ª, 8.ª, 10.ª y 11.ª). Y, en los casos en que la negociación colectiva se ha referido a estas materias, la cláusula adicional contractual repite básicamente su contenido (cláusula 3.ª) o, sencillamente, se remite a ella (cláusula 6.ª).

Así pues, desde la perspectiva convencional, con independencia de su eventual ilegalidad por otros motivos (ver supra), las cláusulas adicionales contractuales cuestionadas no resultan anulables por no apreciarse en su utilización una conducta empresarial antisindical.

Por todo lo anterior, se concreta en los siguientes términos la parte dispositiva del presente

#### Laudo arbitral

«Declarar:

1.º Que, de las seis cláusulas adicionales contractuales impugnadas, son nulas, por ilegales, las tres siguientes:

a) La cláusula adicional 3.ª (Jornada de trabajo) en lo relativo al cómputo del tope máximo de 80 horas/año por encima de la duración máxima legal y a la calificación de horas no extraordinarias de los «excesos por necesidades del servicio», por contraria al art. 35.1 del E.T. y en lo relativo al referente locacional para la aplicación de los horarios, por contrario al art. 17.1 del Convenio Marco.

b) La cláusula 7.ª (Turnos, horarios y jornada), por contraria a los arts. 3.5 y 41 del E.T.

c) La cláusula 11.ª (No concurrencia e incompatibilidad), por contraria a los arts. 35.1 de la Constitución y 21.1 y 59.1 del E.T.

2.º Que no se aprecia, sin embargo, la existencia de una reserva material convencional en el Acuerdo Decimotercero del Acuerdo Complementario ni tampoco una actuación antisindical por parte de la empresa.»

El presente Laudo Arbitral, de carácter vinculante y de obligado cumplimiento, tiene la eficacia jurídica de un convenio colectivo, en los términos establecidos por los arts. 82 del E.T. y 11.7 del A.S.E.C. Asimismo, se entiende equiparado a las sentencias firmes a efectos de su ejecución judicial, en los términos contemplados en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, L.P.L.).

El presente Laudo Arbitral puede impugnarse ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de conformidad con el art. 91 del E.T. y a tenor de lo establecido en los arts. 161 y siguientes de la L.P.L. para el procedimiento de impugnación de los convenios colectivos.

Por el S.I.M.A. se procederá a la notificación del presente Laudo a las partes del procedimiento arbitral, así como a la Autoridad Laboral a efectos de depósito, registro y publicación oficial en los términos previstos en los arts. 90 y 91 del E.T. y 11.7 del A.S.E.C.