

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**AUDIENCIA NACIONAL***Sentencia 13/2019, de 6 de febrero de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 318/2018***SUMARIO:**

Telepizza. *Implantación unilateral por la empresa del denominado Proyecto Tracker, en virtud del cual los repartidores son geolocalizados cuando realicen tareas de reparto mediante una app descargada en su teléfono móvil personal –que deben aportar a la actividad empresarial–, de manera que los clientes tengan conocimiento, en todo momento, del lugar en el que se encuentra su pedido.* El mencionado proyecto vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores, por cuanto si bien la medida implantada obedece a un fin constitucionalmente legítimo como es el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente, no supera el necesario juicio de proporcionalidad, ya que el mismo resultado se podría haber obtenido con una menor injerencia en los derechos fundamentales mediante la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o a través de pulseras con tales dispositivos, sin que el repartidor tuviera la necesidad de aportar medios propios y, lo que es más importante, datos de carácter personal, como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema. Además, teniendo en cuenta que los datos de localización de una persona también son datos de carácter personal, la empresa no informó a los trabajadores del tratamiento que iba a hacer de los mismos, tal y como impone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de 1999, los actuales 12 y 13 del Reglamento 2016/679 y 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. De igual forma, tampoco proporcionó al Comité intercentros información previa apropiada y suficiente que explicara el concreto funcionamiento de la aplicación, esto es, cómo se iba a instalar en el teléfono móvil, a qué datos del terminal la misma debería acceder, qué concretos datos propios habría de aportar el trabajador para acceder a la aplicación, qué datos, en su caso, habría de archivar la misma y cómo iban a ser tratados los mismos. La medida implantada debe declararse nula, no solo por lo expuesto, sino también por vulnerar la legalidad ordinaria, ya que la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial, ya que además de quebrar con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza el contrato de trabajo, se responsabiliza al repartidor de cualquier impedimento en la activación del sistema de geolocalización bajo sanción de suspensión del contrato de trabajo con la consiguiente pérdida del salario ex art. 45.2 del ET, lo que implica, de hecho, la adopción de un régimen de infracciones y sanciones, vía contrato individual, obviando el artículo 58.1 del ET que encomienda tal misión a la negociación colectiva.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 18.4.

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 20.3, 45.2, 49.1 b), 58.1 y 64.5 y 6.

Reglamento (UE) n.º 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo (Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales), arts. 4.1, 12 y 13.

Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), art. 5.1.

Ley Orgánica 3/2018 (Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), arts. 11 y 90.

PONENTE:*Don Ramón Gallo Llanos.*

Magistrados:

Don RAMON GALLO LLANOS
Don RICARDO BODAS MARTIN
Don EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00013/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 13/2019

Fecha de Juicio: 9/1/2019

Fecha Sentencia: 6/2/2019

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000318 /2018

Proc. Acumulados: 338/18

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS CCOO, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT

Demandado/s: TELEPIZZA SAU, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: Impugnándose por UGT y CCOO el denominado proyecto tracker de la empresa Telepizza en virtud del cual los repartidores serán geo- localizados cuando realicen tareas de reparto mediante una app descargada en su teléfono móvil personal, se estiman las demandas.

Se considera que la empresa al imponer de forma unilateral dicho sistema ha incumplido con los deberes de información y consulta respecto de los RRTT. Por otro lado, el proyecto no respeta el derecho a la privacidad de los trabajadores por cuanto que no supera el juicio de proporcionalidad, entraña abuso de derecho por el empresario, y finalmente, supone la creación de un régimen disciplinario al margen del convenio.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2018 0000352

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000318 /2018 /: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 13/2019

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

Dª. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a seis de febrero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen
y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 318/2018 seguido por demanda de FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (letrado D. Bernardo García), a la que se acumuló demanda de FEDERACION DE SERVICIOS CCOO (letrada Dª Sonia de Pablo) con número 338/2018, contra TELEPIZZA SAU (letrado D. Jorge Gómez), siendo parte MINISTERIO FISCAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 26 de noviembre de 2018 se presentó demanda por UGT sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 318/2018.

Por Decreto de fecha 27-11-2018 se señaló el día 9 de enero de 2019 para la celebración de los autos de conciliación y juicio.

Segundo.

El día 12-12-2018 se presentó demanda por CCOO sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada con el número 338/2018.

Por Auto de fecha 12-12-2018 dicha demanda fue acumulada a la 318/2018, manteniéndose la fecha de señalamiento.

Tercero.

- - Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración.

En el acto de conciliación no se logró avenencia, por lo que se procedió a la celebración del acto del juicio.

Iniciado dicho acto, el letrado de UGT tras afirmarse y ratificarse en su demanda solicitó se dictase sentencia en la que se declare la nulidad del denominado por la empresa " Proyecto Tracker", que supone la obligación para el trabajador con categoría de repartidor de aportar a la actividad empresarial de un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, y la aplicación informática de la empresa que permite la geolocalización del dispositivo y del trabajador durante su jornada laboral; así como la nulidad de las cláusulas introducidas en los contratos/tipo o novaciones que exijan la aportación del teléfono móvil con conexión a internet del trabajador en beneficio de la empresa por aplicación del referido "Proyecto Trucker"; subsidiariamente que se declare que la empresa, en caso de precisar para la actividad laboral teléfono móvil con conexión a internet, debe proporcionar tal herramienta de trabajo de su titularidad a los trabajadores de la misma y subsidiariamente que se reconozca la nulidad de la fijación unilateral por la empresa de la compensación por el uso de tal herramienta, que debe ser establecida por la cuantía de la amortización efectiva de la misma de su coste de adquisición por el trabajador y los gastos reales y efectivos de la contratación de transmisión de datos vía internet, por parte del trabajador con cualquiera de los operadores de telefonía móvil que ofrecen tal servicio; condenando a las partes a estar y pasar por tales declaraciones.

En sustento de su pretensión refirió la condición de sindicato más representativo de la UGT y su implantación en la empresa demandada, que la misma en reunión con el comité inter-centros de 9-5-2018 expuso el denominado Proyecto Tracker encaminado a que los clientes puedan tener conocimiento en todo momento del estado de su pedido, para lo cual los repartidores deberán disponer un terminal de telefonía móvil que permita descargar la APP que Telepizza ha creado para el correcto seguimiento del pedido y que activará el empleado al inicio de su turno, que ello hace necesario incluir un nueva cláusula en el contrato de trabajo en la que se refleje la obligatoriedad de aportación de la herramienta de trabajo por parte del empleado previéndose que la negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y que el trabajador percibida junto a su salario una cantidad en concepto de desgaste de útiles o herramientas de naturaleza extra-salarial; que en documento sin fechar la empresa plasma el procedimiento interno "Tracker pedidos" en los términos que obran en la demanda; que en los nuevos contratos de trabajo que se suscriben con los trabajadores para el puesto de trabajo, se incluye por la Dirección con carácter obligatorio la referida clausula, al resultar de adhesión sin posibilidad de ser rechazada por el trabajador contratado; que resultando aplicable el Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 20 de diciembre de 2016) en él no se regula en momento alguno la exigencia de aportar teléfono móvil y conexión de internet a los trabajadores; que la aplicación del denominado "Proyecto "Tracker" ha sido llevada a cabo por la empresa sin proceso previo alguno de negociación ni siquiera de consulta con los representantes de los trabajadores; que en la sesión del Comité Inter-centros con la Dirección de la empresa de 4 de julio de 2018, la representación sindical mostró su disconformidad y oposición con la imposición del referido " Proyecto Tracker" .que el día 16-7-2018 se llevó acabo un intento de avenencia ante el SIMA, sin acuerdo; que en reunión de 14-9-2018 con el comité inter-centros de la dirección de la empresa se propuso aumentar las compensaciones y modificar el régimen disciplinario, ofreciéndose mayores compensaciones en reunión de 12-11-2018.

A la vista de estos hechos consideró que debía accederse a sus peticiones puesto que:

a.- la decisión empresarial no encuentra, en definitiva, fundamento ni en la ley ni en el convenio colectivo, que guarda silencio sobre la obligación para el trabajador de aportar un teléfono móvil con conexión a internet, previéndose en el art. 44 del convenio de aplicación la aportación del uso de vehículo;

b.- que la empresa introduce una nueva causa de extinción de la relación laboral de forma abusiva y arbitraria;

c.- que la SAN de 28-1-2014 y la STS de 21-9-2015 calificaron como abusiva la cláusula en virtud de la cual el trabajador se obliga en el contrato a proporcionar su teléfono móvil y su cuenta de correo electrónico;

d.- que la posibilidad de acceso con la APP creada a la galería del teléfono, unida a la posibilidad de geolocalización del trabajador supone una intromisión en la privacidad del trabajador que vulnera los derechos reconocidos en los arts. 18 1 y 4 CE ;

y e.- que la fijación unilateral de las condiciones de "compensación" de tal aportación, en cantidades que no suplen el coste de uso de tal herramienta en beneficio de la actividad empresarial, suponen un enriquecimiento injusto y por esta vía la empresa está repercutiendo costes netamente empresariales, a cargo del propio trabajador y en perjuicio de este.

La letrado de CCOO tras afirmarse y ratificarse en su demanda y adherirse a lo referido por UGT solicitó el dictado de sentencia en la que:

- Se declare que la implantación del Proyecto Tracker ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 del ET

- Se declare la nulidad de la normativa Proyecto Tracker en materia de obligación de aportación de los medios propios del trabajador (móvil con acceso a internet)

- Se declare la nulidad de las cláusulas incluidas en los contratos del personal con categoría de repartidor que exijan la obligatoria puesta a disposición del móvil

personal con conexión a internet para la transmisión de datos de geolocalización por parte del empleado.

- Se declare la nulidad de las medidas disciplinarias previstas en el proyecto

Tracker y en las cláusulas contractuales al no ajustarse al régimen establecido en el convenio colectivo ni a los supuestos previstos en el art. 45 y 49 del ET .

A lo ya referido por UGT añadió el incumplimiento empresarial de la obligación de información y consulta.

Por parte de Telepizza se solicitó el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda.

Pronunciándose sobre los hechos de las demandas deducidas, matizó que desde el 20-12-2018 la compensación de los gastos ocasionados por la aportación del teléfono móvil aparece reflejada en los contratos de trabajo; que la exigencia de su aportación no aparece de forma sorpresiva en el contrato de trabajo, sino en la misma oferta de trabajo, y defendió la existencia de una negociación si bien no sobre la implantación del proyecto tracker sino sobre determinados aspectos del mismo- como compensaciones, "régimen disciplinario", seguro del móvil; reconoció la existencia de un requerimiento de la ITSS si bien admitió que no se había cumplimentado por no encontrarlo ajustado a Derecho.

Seguidamente expuso que el principal competidor de Telepizza- Dóminos Pizza- ofrecía sistemas de geolocalización del pedido, así como plataformas digitales que llevan comida a domicilio, lo que hace necesario su implantación para mantener una oferta similar, que dicho sistema de geolocalización se efectúa al único fin de que el cliente pueda tener conocimiento del estado de su pedido, y se realiza a través del móvil de cada trabajador, habiéndose ofertado a la plantilla la adhesión a este sistema a cambio de una compensación económica y añadiéndose una nueva cláusula a las nuevas contrataciones.

Explicó que el sistema exige que el trabajador se descargue una aplicación en el teléfono móvil que se activa cuando entra en el centro de trabajo, si bien el sistema de geolocalización no se activa hasta que le es asignado un pedido, sin que exista monitorización del pedido en el centro de trabajo

Refirió que la geolocalización en el trabajo viene siendo admitida por la doctrina judicial sin necesidad de negociarlo al amparo del art. 20.1 del E.T - Ss. TSJ Andalucía 19-7-17, Asturias 27-12-2017 y C. Valenciana de 2-5-2017 siempre que la misma sea informada, sean debidamente tratados los datos y la medida ha de superar un juicio de proporcionalidad en este caso la mejora competitiva de la empresa.

Por otro lado, consideró ajustada a derecho la posibilidad de pactar con el trabajador la aportación del teléfono móvil- con sustento en el art. 26.3 E.T , 109. 2 c) del TRLGSS en su redacción anterior a 2012, y límites exentos en materia de kilometraje en la legislación fiscal refirió que la doctrina judicial la STSJ de Madrid de 11-5-2012 , STS 5-7-2.016 , 18-12- 2012 y sobre todo la STS 26-2-1986 (834/1986) admite que el trabajador aporte elementos auxiliares de la vida personal, como en este caso el teléfono móvil, sea compensado y no sea abusivo, siempre que se estipule en el contrato. Añadió al respecto que el art. 44 del convenio colectivo sectorial suscrito por

los actores se admite la aportación de una motocicleta y refirió que más del 90 por ciento de los españoles posee un Smartphone.

Defendió que el sistema tracker no accedía a datos personales del trabajador que la aplicación no accedía datos del trabajador, que solo se permite el acceso a la cámara de la galería, lo que no está habilitado y que requeriría del consentimiento expreso del trabajador.

Consideró que la compensación era adecuada conforme a los parámetros de indemnización de la motocicleta seguidos en el convenio sectorial, y que a tal fin se siguió una negociación con el Comité inter-centros y no siendo posible el mismo, se construyó una oferta razonable partiendo del precio de un teléfono móvil susceptible de ser geo- localizado- 110 euros- al que se le atribuyó una vida útil de 3 años, lo que arroja una indemnización de 3 euros mensuales, y partiendo de las tarifas de datos de las compañías de telefonía móvil se comprobó que se originaba un gasto mensual de 13.860 kB, lo que implica un coste de 0, 32 euros al mes, lo que se duplicó a efectos de compensación.

Negó que se hubiese creado con régimen disciplinario paralelo, sino que se han consignado en los contratos al amparo del art. 49. b) E.T una válida cláusula de resolución contractual, así como que el trabajador en este caso debiese aportar su número de móvil personal a la empresa o dato alguno de carácter personal.

Tras la práctica de la prueba documental y de reproducción de la imagen y el sonido las partes elevaron a definitivas sus conclusiones, emitiendo informe el Ministerio Fiscal mostrándose favorable a la estimación de las demandas.

En el acto de la vista se acordó practicar como diligencia final la prueba pericial señalándose como fecha para la práctica de la misma el día 30 de enero de 2019.

Cuarto.

La prueba pericial se practicó el día previsto tras lo cual las partes mantuvieron sus conclusiones.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: En la oferta al trabajador de nuevo personal el requisito es aportación del móvil. - En el sector el mayor competidor es Domino's Pizza, que ofrece sistema de tracking al igual que Glovo y Delivero que pueden ofrecer pizzas de Telepizza.- El propio sistema establece procedimiento para resolver pérdidas y compensaciones. - Se ha informado a RLT y a trabajadores la implantación del sistema; los datos están tratados y el cliente solo sabe dónde está su pedido desde la tienda y su destino. -El 90% de la población española tiene móvil.- El cliente nunca accede a datos personales de los trabajadores.- En negociación de la compensación se tuvo como punto de partida la misma o superior cantidad a la del convenio para la aportación de moto en el desarrollo de la negociación. La empresa dobló su propuesta. - El régimen compensatorio utilizado es sobre precios móviles, medios y sobre el consumo de datos relacionándolo al número de horas realizadas por el trabajador y el resultado se multiplica por dos.-El resultado triplica el régimen compensatorio de la moto.-Hasta la fecha no se ha aplicado el art. 49.1.c) ET .

Hechos conformes:- El 20.12.18 se modifica el clausulado del sistema de tracker, antes figuraba en manuales y después se especifica en el contrato.- Hubo cuatro reuniones con la RLT para la compensación económica, seguros y problemas disciplinarios.- Se produjo un requerimiento de la IT que no se ha cumplido por la empresa.- El sistema se ha implantado unilateralmente.- Se aplica geolocalización a los pedidos por internet y por la aplicación, no a los pedidos en tienda o por teléfono.- A los trabajadores de nueva contratación se reclama aportación del móvil; para el que estaba ya trabajando no se le obliga ya que pueden seguir haciendo su trabajo respecto de los pedidos de tienda o teléfono.- El sistema funciona con presencia de los trabajadores en

el centro, se les da nombre y clave y cada pedido se identifica con seis dígitos que se introducen y comienza la geo-localización.- En contrato se prevé con base al art. 49.1.C) ET que se podría extinguir el contrato por incumplimiento de Requisitos del contrato, lo viene aplicando la empresa, ofrece la posibilidad de suspender el contrato si en cuatro días no repone el móvil.- En la aplicación se prevé en un futuro acceder a la cámara galería previa autorización del trabajador.

Sexto.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS**Primero.**

- Los sindicatos Federación de Servicios de CCOO y FeSMC-UGT, que tiene la condición de sindicato más representativo, cuenta además con implantación en la empresa Telepizza, en concreto de los siete miembros del Comité Inter-centros, cuatro pertenecen a UGT y los tres restantes a CCOO-conforme-

Segundo.

- La empresa está dedicada a la preparación y elaboración de productos cocinados para el reparto a domicilio y le resulta de aplicación el convenio estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 20 diciembre 2016).

Tercero.

El colectivo afectado por el presente conflicto es el personal que ostenta la categoría de repartidor en los distintos centros de trabajo.- conforme-

Cuarto.

El 9 de mayo de 2018 la empresa anunció al Comité Inter-centros la implantación de un proyecto denominado "Tracker-Repartidores" para facilitar a los clientes el seguimiento del estado de sus pedidos denominado "Proyecto Tracker" en los siguientes términos que constan en el acta de la reunión:

"La empresa explica al comité de empresa que, se ha puesto en marcha un proyecto para que los clientes puedan seguir al estado de su pedido y saber cuándo sale de la tienda, en que parte del recorrido se encuentra y cuando le llega a su casa.

La finalidad de este proyecto es adaptar la compañía a las nuevas tecnologías, dar un mejor servicio al cliente y mejorar el ratio de pedidos que se entregan más tarde de la hora prevista.

Para llevar a cabo este proyecto, los trabajadores deberán aportar un teléfono tipo Smartphone que les permita descargarse al APP que Telepizza, ha creado al efecto.

Será necesario el uso de la APP por los empleados que realicen la labor de reparto a domicilio con uso de vehículo ya que los pedidos que se entregan andando, no serán objeto inicialmente, de control por este sistema al ser las direcciones muy cercanas a los centros de trabajo.

El seguimiento del pedido se realiza a través de dicha APP. El empleado será el responsable de activar y desactivar la APP al iniciar y concluir su turno de trabajo. La empresa abonará a los empleados un importe mensual por jornada de trabajo fija contratada, para compensar el desgaste de la herramienta que aporta el empleado, así como el consumo de datos móviles por tener activa la APP en el momento del reparto.

Se informará y formará a todos los trabajadores de este nuevo sistema de organización y control de la actividad de reparto, debiendo los actuales trabajadores, recepcionar dichos documentos.

Como consecuencia de esta política comercial la empresa anuncia la intención de incluir en las nuevas contrataciones la siguiente cláusula:

"Para el desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo, concretamente en la realización de las funciones de reparto de productos, objeto del presente contrato, el trabajador deberá aportar un teléfono móvil de su propiedad con conexión a internet (Smartphone) que permita la instalación y correcto funcionamiento de la aplicación (app) creada por Telepizza a dichos efectos.

El teléfono móvil y aplicación mencionados deberán utilizarse durante la totalidad de la jornada laboral del trabajador a efectos de que tanto la empresa como sus clientes puedan realizar un seguimiento en tiempo real y mediante geolocalización, de la ubicación de los pedidos que se realizan.

Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.) y obligación suya desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral.

La aportación de teléfono móvil por parte del trabajador deberá realizarse en los términos y resto de condiciones de utilización que en cada momento consten en la normativa interna de la empresa y, en caso de incumplimiento de la misma, será de aplicación el régimen disciplinario previsto en el convenio colectivo aplicable.

La negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Concretamente el trabajador, tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día. A partir del momento de la carencia del teléfono o bien finalizado el período de diez días sin que el trabajador hubiese aportado nuevamente su propio teléfono, se procederá a suspender el contrato de trabajo del citado empleado por un período máximo de dos meses. Finalizado dicho período el contrato se dará por definitivamente finalizado. Durante el período de suspensión"

La empresa explicó que en el caso de los repartidores de alta entre la plantilla la aceptación de este sistema sería voluntaria.

La representación social solicitó información para poder realizar sus valoraciones sobre el proyecto anunciado. - conforme-.

Quinto.

Posteriormente la empresa da a conocer una normativa interna denominada "Procedimiento Interno Tracker" que recoge los siguientes términos:

PROCEDIMIENTO INTERNO TRACKER REPARTOS

RACKER REPARTOS:

El tracker o seguimiento de los repartos de producto a domicilio, tiene como finalidad, aplicando la tecnología desarrollada por Telepizza, a través de un APP de tener información en tiempo real del estado de los pedidos a domicilio, una vez han salido del centro de trabajo para:

Que el cliente, tenga conocimiento sobre cuando recibirá su pedido.

Que aumente el nivel de satisfacción del cliente.

Que la gerencia del centro de trabajo, pueda reducir, en base a información real, el número de pedidos que se entregan fuera del tiempo previsto.

Que la gerencia del centro, tenga información suficiente para organizar debidamente los repartos pendientes de entrega a domicilio.

MEDIOS UTILIZADOS POR EL EMPLEADO:

Para el desarrollo de las funciones de reparto de productos, el trabajador deberá aportar un teléfono móvil de su propiedad con conexión a internet (Smartphone) que permita la instalación y correcto funcionamiento de la aplicación (APP) creada por Telepizza a los efectos ya citados, en el apartado denominado tracker repartos.

FORMA DE UTILIZACION:

El teléfono móvil y la aplicación mencionados deberán utilizarse durante la totalidad de la jornada laboral del trabajador a efectos de que tanto la empresa como sus clientes puedan realizar un seguimiento, en tiempo real y mediante geolocalización, de la ubicación de los pedidos que se realizan.

El empleado, no deberá, en ningún caso, hacer uso del teléfono móvil durante la conducción del vehículo con el que realiza el reparto, manipulándolo o consultándolo, deberá llevarlo conectado y con la APP activa, para permitir la geolocalización.

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO:

Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.)

Será obligación del empleado activar la aplicación de tracker al inicio de la jornada laboral y desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral.

La aportación de teléfono móvil por parte del trabajador deberá realizarse en los términos y resto de condiciones de utilización que en cada momento consten en el presente procedimiento o en sus sucesivas modificaciones o actualizaciones.

REGIMEN DISCIPLINARIO:

En caso de incumplimiento del contenido del presente procedimiento, será de aplicación el régimen disciplinario previsto en el convenio colectivo aplicable.

La negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Concretamente el trabajador, tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día. A partir del momento de la carencia del teléfono o bien finalizado el período de diez días sin que el trabajador hubiese aportado nuevamente su propio teléfono, se procederá a suspender el contrato de trabajo del citado empleado por un período máximo de dos meses. Finalizado dicho periodo el contrato se dará por definitivamente extinguido. Durante el período de suspensión contractual, cesará la obligación por parte de la empresa, de abonar salario y cotizar por el empleado en cuestión.

REMUNERACION COMPENSATORIA DEL USO DE LA HERRAMIENTA.

El trabajador percibirá junto a su salario la cantidad establecida al respecto, en concepto de desgaste de útiles y herramientas, como contraprestación al desgaste que le supone la aportación del teléfono móvil con conexión a internet en los términos indicados, así como por el consumo de datos estimado que supone la utilización de la aplicación "app" durante la jornada laboral. Esta percepción tendrá naturaleza extra salarial.

Las cantidades a percibir, se dividirán en dos conceptos, un concepto que recompensa el desgaste del terminal y permite su reparación o sustitución en caso necesario y un concepto, que recompensa el consumo de datos que supone la activación de la APP durante la jornada laboral.

Las cantidades que se abonarán mensualmente por estos conceptos son las reflejadas en la siguiente tabla, calculadas en función de las horas fijas del contrato del trabajador. Dichas cantidades están expresadas en euros y se encuentran sujetas a las normas de cotización y tributación legalmente establecidas.

PROMEDIO HORAS FIJAS CONTRATADAS COMPUTO MENSUAL COMPENSACION DESGASTE TERMINAL COMPENSACION CONSUMO DATOS

24 horas	3 0.30
35 horas	3 0.40
45 horas	3 0.50
50 horas	3 0.60
60 horas	3 0.70
70 horas	3 0.80
80 horas	3 0.90
100 horas	3 1.10
T. completo	3 1.90

Sexto.

El 4 de julio de 2018 la empresa trasladó al Comité Inter-centros que las nuevas contrataciones realizadas desde el 1 de junio quedaban adheridas al proyecto Tracker e incluían la cláusula al efecto, igualmente comunica que se está avanzando en la posibilidad de contratar un seguro para los dispositivos móviles que aportan los empleados, cuya cobertura incluya tanto la contingencia de roturas como robo, o en su caso, incrementar los importes inicialmente asignados para cada tipo de jornada.

CCOO puso de relieve que entiende que la herramienta de trabajo la tiene que poner la empresa, expresando sus dudas acerca de que un trabajador por cuenta ajena tenga poner su herramienta de trabajo, vio desproporcionadas las medidas disciplinarias, dudando de su legalidad, sobre la geolocalización refiere la existencia de un nuevo reglamento y que el trabajador desconoce el tratamiento que se va a efectuar de los datos, desconociendo el trabajador si está siendo rastreado en todo momento, si los clientes lo saben y si esto queda registrado en un sistema informático, expresa el temor de que puedan tomarse medidas disciplinarias contra los trabajadores, se considera abusiva la nueva cláusula que se impone a los trabajadores de nueva contratación y se exige que la empresa asuma el coste de la herramienta de trabajo.

Por UGT se manifestó que no les gustaba que se utilice el móvil personal como herramienta de trabajo, ampliándose la posibilidad de sanción y despido de los trabajadores, expresando que les gustaría que no fuera condición para poder trabajar en la empresa. - descriptor 25-

Séptimo.

- El día 16 de julio de 2018 se llevó a cabo proceso de mediación ante el Servicio Inter-confederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) sobre la presente controversia, que terminó sin acuerdo- conforme-

Octavo.

El día 14-9-2018 se dedicó la reunión del Comité Inter-centros con la empresa a debatir sobre el proyecto Tracker extendiéndose el acta que obra en el descriptor 26, que damos por reproducida.

La empresa planteó modificar el procedimiento interno en sus plazos de reparación y reposición en los siguientes términos: "los días para reparar el móvil estropeado, se ampliarán de 10 a 14 días naturales. Se aumenta el periodo de suspensión antes de rescindir el contrato de trabajo de dos a cuatro meses, así como incrementar los importes de las compensaciones de la forma siguiente 5 euros mensuales por el terminal y una horquilla de entre 1,30 a 2,90 horas mensuales de compensación por la contratación de datos en función de las horas que se trabajen mensualmente, entre 24 horas y jornada completa", no alcanzándose acuerdo.

Noveno.

El día 12-11-2018 se celebró nueva reunión del comité inter-centros con la empresa para debatir sobre el proyecto Tracker en la que la empresa ofrece una compensación fija por el terminal de 5,50 euros mensuales y otra variable por los datos que va desde 1,40 euros para el personal que presta servicios 24 horas mensuales hasta los 2,95 para los trabajadores a tiempo completo.

La empresa manifestó que en caso de no llegarse a un acuerdo en la reunión dará por cerradas las negociaciones, manteniéndose por lo tanto los importes económicos y el procedimiento en vigor.

Tras un receso de más de una hora de duración solicitado por la representación sindical, esta manifestó que valorada la oferta empresarial se considera que el teléfono debe ponerlo a disposición del trabajador la propia empresa, siendo la compensación económica ofrecida insuficiente, al haberse tenido en cuenta un coste o valor del teléfono adquirido por el trabajador muy bajo y el plazo de amortización no debería superar el año, añadiendo que no se cubrían los riesgos de rotura, pérdida y robo; y por último mantuvieron la duda de la legalidad de la cláusula pretendida por la empresa. - descriptor 27-

La empresa hizo entrega de los documentos obrantes en los descriptores 9 y 10.

Décimo.

Damos por reproducido el requerimiento efectuado por la ITSS el día 25-11-2018 obrante al descriptor 47 en el que se concluye que con la inclusión de la cláusula relativa al procedimiento "Tracker-Repartidores" en los contratos de trabajo, la empresa está estableciendo condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, en contra de lo dispuesto en el artículo 3.1.c) ET :

- Inferiores a las establecidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , al implicar dicha cláusula el acceso y tratamiento por la empresa a datos personales de geolocalización de los trabajadores sin proporcionar al trabajador la información preceptiva conforme a dicha disposición legal.

- Inferiores a las establecidas en el artículo 58.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , (BOE 24-10-15) en relación con (o dispuesto en el art. 61.13 del convenio colectivo aplicable del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio ya que con dicha cláusula se estarían estableciendo en contrato de trabajo condiciones relativas al régimen disciplinario menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivo.

- Inferiores a las establecidas en el artículo 64.5 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , (BOE 24-10-15) ya que dicha cláusula supone la implantación en la empresa de un sistema de organización y control del trabajo sin las garantías de participación y consulta de los representantes legales de los trabajadores.

- Inferiores a las establecidas en el artículo 20.2 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) , (BOE 24-10-15) en virtud del cual el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales y los convenios colectivos, introduciendo de manera abusiva en el contrato de trabajo obligaciones y pactos no amparados por tales disposiciones así como consecuencias Jurídicas derivadas de su incumplimiento, desnaturalizando la finalidad de lo dispuesto en los artículos 5.f) 45.1 .b) y 49.1 .b) ET

Y se requiere a la empresa a:

a) La inmediata eliminación de los contratos de trabajo de dicha cláusula relativa al PROCEDIMIENTO TRACTER (sic.) REPARTIDORES respecto a todos los trabajadores de la empresa afectados.

b) La no inserción de dicha cláusula en los contratos de trabajo o anexos al mismo que pueda suscribir en el futuro.

Dicho requerimiento ha sido impugnado por la empresa- descriptor 48-.

Undécimo.

Damos por reproducido el informe de la ITSS de fecha 13-12 2018 en el que se comprueba que la empresa TELEPIZZA SA:

a) No ha eliminado de los contratos de trabajo de los trabajadores con contrato vigente a fecha 3/12/18 la cláusula relativa al PROCEDIMIENTO TRACTER REPARTIDORES respecto a todos los trabajadores de la empresa afectados y tampoco ha efectuado hasta la fecha modificación alguna de su contenido.

No ha modificado tampoco hasta la fecha la CLÁUSULA DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL CONTRATO LABORAL de los contratos de trabajo de los trabajadores con contrato vigente a fecha 3/12/18.

b) Ha manifestado su voluntad de insertar la cláusula relativa al PROCEDIMIENTO TRACTER REPARTIDORES en los contratos de trabajo o anexos al mismo que pueda suscribir en el futuro, con la única modificación respecto al modelo de cláusula aportado en fecha 5/11/18, de introducir la tabla de compensaciones que figura en el PROCEDIMIENTO INTERNO TRACKER REPARTOS.

Ha manifestado su voluntad de modificar la CLÁUSULA DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL CONTRATO LABORAL en los contratos de trabajo que pueda suscribir en el futuro, respecto al modelo de cláusula aportado en fecha 5/11/18, proporcionando al trabajador la información preceptiva específica en materia de protección de datos de carácter personal, respecto al tratamiento por la empresa de sus datos de geolocalización y añadiendo dos nuevos apartados sobre Responsabilidad de TELEPIZZA SAU y sobre Derechos del empleado

Duodécimo.

Dominos Pizza ofrece en su publicidad un sistema de seguimiento de pedidos (descriptor 79), la plataforma de recepción y envío de comida a domicilio Glovo en su app ofrece a los clientes un sistema de seguimiento de entregas- descriptor 80-.

Décimotercero.

Damos por reproducidas las informaciones aportadas por la empresa y obrantes en los descriptores 82 a 85 relativas a la utilización de los denominados Smart-phones en España.

Decimocuarto.

Damos por reproducido el contrato de trabajo suscrito en fecha 26-12-2018 obrante en el descriptor 76 en el que consta como "Cláusula Adicional Tracker" lo siguiente:

Para el desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo, concretamente en la realización de las funciones de reparto de productos, objeto del presente contrato, el trabajador deberá aportar un teléfono móvil de su propiedad con conexión a internet (Smartphone) que permita la instalación y correcto funcionamiento de la aplicación (app) creada por Telepizza a dichos efectos.

El teléfono móvil y aplicación mencionados deberán utilizarse durante la totalidad de la jornada laboral del trabajador a efectos de que tanto la empresa como sus clientes puedan realizar un seguimiento, en tiempo real y mediante geolocalización, de la ubicación de los pedidos que se realizan. Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.) y obligación suya desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral.

La aportación de teléfono móvil por parte del trabajador deberá realizarse en los términos y resto de condiciones de utilización que en cada momento consten en la normativa interna de la empresa y, en caso de incumplimiento de la misma, será de aplicación el régimen disciplinario previsto en el convenio colectivo aplicable.

La negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Concretamente el trabajador, tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día. A partir del momento de la carencia del teléfono o bien finalizado el período de diez días sin que el trabajador hubiese aportado nuevamente su propio teléfono, se procederá a suspender el contrato de trabajo del citado empleado por un período máximo de dos meses. Finalizado dicho periodo el contrato se dará por definitivamente finalizado. Durante el período de suspensión contractual, cesará la obligación por parte de la empresa, de abonar salario y cotizar por el empleado en cuestión.

El trabajador percibirá junto a su salario la cantidad que se indica a continuación en función de las horas trabajadas, en concepto desgaste de útiles y herramientas, como contraprestación al desgaste que le supone la aportación del teléfono móvil con conexión a internet en los términos indicados, así como por el consumo de datos estimado que supone la utilización de la aplicación "app" durante la jornada laboral.

Esta percepción tendrá naturaleza extra salarial.

La cuantía a percibir variará en función de la jornada de trabajo según la siguiente tabla:

... "

En la que constan las compensaciones señaladas inicialmente por la empresa.

Décimoquinto.

Damos por reproducido el informe pericial obrante en el descriptor 96 en el que se concluye:

Respecto a los permisos de la App en el dispositivo

Los permisos que la App tiene en el dispositivo móvil son los siguientes:

- Acceso a la geolocalización - El acceso a este permiso es necesario para poder obtener la posición del dispositivo y utilizar los datos para representarlos gráficamente en un mapa que visualice la ruta seguida por el repartidor en cada servicio de entrega.

-Acceso a la cámara - Este permiso es necesario para que funcione la opción de escaneo del código QR (Quick Response o Código de Respuesta Rápida) utilizado para la identificación del empleado en la App de una forma rápida.

Según hemos podido comprobar durante nuestras pruebas, esta funcionalidad de escaneo del código QR no está activa en la versión actual de la App, y para la identificación del empleado en la App se está utilizando un código numérico aleatorio de 6 dígitos, que se calcula en el momento anterior a la asignación de los pedidos, y que no se asocia al empleado de forma permanente, sino que tiene una validez de 8 horas (correspondiente con la duración de la jornada laboral del empleado).

Una vez instalada la App, el usuario puede consultar en cualquier momento los permisos que esta tiene sobre las utilidades del dispositivo y activarlos o desactivarlos libremente.

En la versión actual de la App, ésta no tiene activado ningún permiso en el dispositivo que pueda recoger datos como: número de teléfono, número de serie, código IMEI o código del dispositivo. Los únicos datos propios del dispositivo que actualmente se están registrando, son los del modelo y versión, que se utilizan para facilitar el tratamiento de las posibles incidencias de funcionamiento de la App en cada dispositivo.

Respecto a los datos recopilados por la App

El propósito principal de la App es el de representar gráficamente la ruta seguida por el repartidor con cada pedido, de forma que el cliente pueda consultar la ubicación del pedido en tiempo casi real.

Por lo tanto, la App es capaz de leer las coordenadas de longitud y latitud del dispositivo (cada 10 metros de movimiento) y transmitirlos al servidor principal del sistema, que los guarda en una base de datos desde la que se leen para representarlos en un mapa gráfico de la localidad donde se realicen los repartos.

Tal como hemos podido comprobar tras los resultados de nuestras pruebas, la App únicamente envía los datos de la posición del dispositivo, mientras el repartidor tenga pedidos asignados y pendientes de entrega. En caso contrario, no se envía ningún dato.

La App no escribe en el dispositivo del usuario ninguna de las coordenadas enviadas cada vez, estos datos son transmitidos por la App al servidor principal del sistema de gestión de pedidos, utilizando las capacidades de comunicación del dispositivo.

Según la documentación a la que hemos tenido acceso durante nuestras pruebas, existe un proceso automático de borrado de datos de los ficheros con las coordenadas, que se ejecuta al día siguiente de la finalización del reparto.

Respecto al proceso de asociación del empleado con la App

La asignación de los pedidos a cada empleado/repartidor se realiza a través de una aplicación informática ubicada en las tiendas y denominada "Monitor de reparto". Este proceso es realizado únicamente por la persona encargada de la gestión de la tienda, quien asigna los pedidos entre los repartidores que hayan realizado su alta en ese momento.

El proceso de asignación del pedido conecta con el sistema principal (Tracker) que genera un código numérico aleatorio de 6 dígitos, que tiene que utilizar el repartidor en su dispositivo para darse de alta en la App e iniciar el proceso de geolocalización del pedido.

Además del código numérico, el sistema Tracker genera un código en versión gráfica, a modo de código QR, que podría ser escaneado directamente por el repartidor utilizando la cámara de su dispositivo. Sin embargo, esta opción no está utilizándose actualmente.

El código numérico tiene una validez máxima de 8 horas, aunque también caduca cuando el empleado hace el proceso de salida de la aplicación en la tienda (check-out). En cualquiera de estos casos, la asignación de un nuevo pedido genera un nuevo código numérico.

Tal como hemos podido comprobar, la App no guarda ningún dato relativo al empleado/repartidor, más allá del código numérico asignado por el "Monitor de reparto" mientras no se cierre la sesión en el dispositivo o el código haya expirado

Respecto al acceso de terceros al sistema informático del "Proyecto Tracker"

La plataforma informática que soporta el funcionamiento del "Proyecto Tracker" está alojada en la nube de AWS, y su acceso solo está disponible para los técnicos de la empresa Vector. Ningún tercero puede acceder a los datos allí almacenados sin contar con las debidas autorizaciones y permisos de acceso.

El centro de proceso de datos de AWS se encuentra dentro de la Unión Europea con lo que cumple con todos los requisitos de protección y privacidad de datos establecidos en el reciente reglamento europeo conocido como GDPR.

La aplicación de geolocalización llevada a cabo para ejecutar el proyecto Trucker ha sido realizada por la empresa vector, y puede descargarse en cualquier dispositivo de telefonía móvil con memoria suficiente, para su descarga es necesario proporcionar un número de teléfono móvil o un correo electrónico a fin de recibir un SMS o e mail con el código de la descarga.- contestaciones del perito en el acto de la práctica de la prueba-

Décimosexto.

En las ofertas de trabajo que Telepizza viene realizando para prestar servicio como repartidor se pone como condición que el trabajador en caso de ser contratado deberá aportar un terminal de telefonía móvil- vídeo reproducido en el acto de la vista-

Decimoséptimo.

Damos por reproducido el contenido del descriptor 68 en el que se muestran las ofertas con precio de dispositivos móviles que permiten la geolocalización.

Décimooctavo.

El día 14 de diciembre de 2018 se celebró intento de mediación ante el SIMA extendiéndose acta de desacuerdo- descriptor 42-.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Segundo.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

Tercero.

Como consta en el antecedente fáctico tercero de la presente resolución por parte de UGT se solicita:

a.- con carácter principal que se declare la nulidad del denominado por la empresa " Proyecto Tracker", que supone la obligación para el trabajador con categoría de repartidor de aportar a la actividad empresarial de un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, y la aplicación informática de la empresa que permite la geolocalización del dispositivo y del trabajador durante su jornada laboral; así como la nulidad de las cláusulas introducidas en los contratos/tipo o novaciones que exijan la aportación del teléfono móvil con conexión a internet del trabajador en beneficio de la empresa por aplicación del referido "Proyecto Trucker";

b.- y con carácter subsidiario, que se declare que la empresa, en caso de precisar para la actividad laboral teléfono móvil con conexión a internet, debe proporcionar tal herramienta de trabajo de su titularidad a los trabajadores de la misma;

c.- y a su vez, como pretensión subsidiaria de la subsidiaria, que se reconozca la nulidad de la fijación unilateral por la empresa de la compensación por el uso de tal herramienta, que debe ser establecida por la cuantía de la amortización efectiva de la misma de su coste de adquisición por el trabajador y los gastos reales y efectivos de la contratación de transmisión de datos vía internet, por parte del trabajador con cualquiera de los operadores de telefonía móvil que ofrecen tal servicio; condenando a las partes a estar y pasar por tales declaraciones.

Por parte de CCOO las pretensiones se ejercitan de forma acumulada y son las siguientes:

a.- se declare que la implantación del Proyecto Tracker ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 del ET ;

b.- se declare la nulidad de la normativa Proyecto Tracker en materia de obligación de aportación de los medios propios del trabajador (móvil con acceso a internet);

c.- se declare la nulidad de las cláusulas incluidas en los contratos del personal con categoría de repartidor que exijan la obligatoria puesta a disposición del móvil personal con conexión a internet para la transmisión de datos de geolocalización por parte del empleado;

d.- se declare la nulidad de las medidas disciplinarias previstas en el proyecto

Tracker y en las cláusulas contractuales al no ajustarse al régimen establecido en el convenio colectivo ni a los supuestos previstos en el art. 45 y 49 del ET .

En atención a lo solicitado en las demandas, nos lleva a considerar que la primera de las peticiones de CCOO no ha sido efectuada por UGT, y que las tres restantes coincidente con la efectuada por UGT con carácter principal.

Razones de método nos llevarán a analizar las cuestiones planteadas de la forma siguiente:

- 1.- en primer lugar, se resolverá la primera de las peticiones de CCOO;
- 2.- en segundo lugar, serán objeto de análisis conjunto las restantes peticiones de CCOO y la principal de UGT;
- 3.- y únicamente, en caso de que se admita la legalidad del proyecto tracker serán objeto de análisis las peticiones formuladas por UGT con carácter subsidiario.

Cuarto.

Pasando pues a analizar la primera de las peticiones de CCOO, debemos señalar que dicha organización denuncia que la empresa al implantar el denominado "proyecto Tracker" ha infringido los apartados 5 y 6 del art. 64 del E.T sobre la base de la siguiente argumentación : , la empresa anuncia el 9-5-18 al Comité Inter-centros la implantación del proyecto Tracker, explicando someramente las características del mismo, solicitando la representación social información para proceder a la valoración del proyecto y desarrollar su derecho a la negociación adecuadamente, ante lo cual no solo no proporciona más información sino que comienza a introducir las cláusulas anunciadas en las contrataciones realizadas desde el 1 de junio, poniendo en marcha el proyecto sin esperar a conocer las valoraciones de la representación social, no siendo hasta el día 12-11-2018 cuando facilita la información relativa al proyecto piloto y al detalle sobre seguimiento de datos y acceso de la aplicación informática desconociéndose los detalles de la operativa que ya se había sido puesta en marcha.

La empresa se opone a dicha petición sosteniendo que el establecimiento de sistemas de geolocalización como el que se implanta a través del sistema tracker tiene su cobertura en el art. 20.3 E.T , y que, por ende es susceptible de ser impuesto de forma unilateral por el empleador sin sujeción a negociación alguna.

El art. 64.5 del E.T dispone en su párrafo 3º : "El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones:...f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, ..." , precisando el apartado 6 de dicho artículo que: " La información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

Los informes que deba emitir el comité de empresa tendrán que elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes."

El precepto legal, pues, no impone que las medidas que refiere el art. 64.5 f) deban ser o no objeto de negociación colectiva, sino que con independencia que deban serlo o no - lo cual deberá determinarse en cada caso concreto-, en todo caso la imposición de las mismas requiere de la previa información a los RRTT, gozando estos del derecho a informar sobre la medida en concreto dentro de los 15 días siguientes a que se les notifique la medida. Debemos recalcar que el precepto legal exige que la información debe proporcionarse en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

La aplicación del precepto invocado al supuesto que describen los hechos probados de la presente resolución nos ha de llevar a la estimación del primero de los pedimentos efectuados por CCOO por cuanto que la información que proporcionó la empresa al Comité Inter-centros en fecha 9-5-2018 era a todas luces insuficiente a fin de que la representación legal de los trabajadores pudiese emitir su correspondiente informe.

En efecto, la empresa en dicha reunión se limitó a informar de que pretendía implantar un sistema de geolocalización de pedidos lo que conllevaría que los empleados aportasen una terminal de telefonía móvil en la que descargarse una App confeccionada al efecto a instancias de la empresa, que se efectuaría una compensación y que la negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . Y estimamos que la información resulta insuficiente, por cuanto que se omiten datos esenciales para que por la RLT pueda emitirse un informe con el necesario conocimiento, máxime, cuando la geolocalización es una medida que afecta a datos personales de carácter del trabajador protegidos por el art. 18.4 CE , por lo que estimamos que para poder el informe correspondiente resultaría necesario que se hubiese explicado el concreto funcionamiento de la aplicación, esto es, cómo se instala en el teléfono móvil, a qué datos del terminal la misma debe acceder, qué concretos datos propios ha de aportar el trabajador para acceder a la aplicación, qué datos, en su caso, ha de archivar la misma y cómo van a ser tratados los mismos, información ésta que no es proporcionada a la RLT, como pone de manifiesto CCOO hasta la reunión de 12-11-2018, una vez puesta en marcha la aplicación, en la que se entrega al Comité inter-centros la prueba piloto efectuada por la empresa y el certificado de la empresa Vector que ha desarrollado la aplicación y se encargará de tratar los datos.

En este sentido aun cuando no se encontraba en vigor a fecha 9-5-18, el art. 90.2 de la LO 3/2018 de Protección datos personales y garantía de los derechos digitales especifica el contenido de la información que debe proporcionarse a los trabajadores y a sus representantes con carácter a la instalación de sistemas de geolocalización de la forma siguiente : " Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión".

Quinto.

- Resuelto lo anterior, procede conocer la pretensión ejercitada por UGT con carácter principal y las peticiones segunda a cuarta de CCOO, en las que se pretende la anulación del proyecto Tracker. Para resolver tal cuestión hemos de partir de los siguientes datos que obran en el relato de hechos de esta resolución:

a.- el denominado proyecto Tracker tiene por finalidad que los clientes de la empresa demandada a la que previamente han solicitado un producto para la entrega en un lugar determinado tengan en todo momento conocimiento del lugar en el que se encuentra su pedido;

b.- a tal fin la empresa demandada impone desde el día 1-6-2018, a los trabajadores de nueva contratación en su contrato de trabajo una cláusula contractual en su contrato de trabajo en virtud de la cual estos se obligan a aportar para desarrollar su trabajo un Smartphone con capacidad suficiente para descargarse una aplicación creada por la empresa- de lo que ya se advierte en las ofertas públicas de contratación laboral que la empresa- y a tener activado en la misma un sistema de descarga de datos a través de internet que permita el correcto funcionamiento de la misma, dicha cláusula así mismo ha sido ofertada a los trabajadores de contratación anterior a dicha fecha a través de novaciones contractuales;

c.- en la denominada cláusula tracker se dispone lo siguiente:

" La negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Concretamente el trabajador, tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día. A partir del momento de la carencia del teléfono o bien finalizado el período de diez días sin que el trabajador hubiese aportado nuevamente su propio teléfono, se procederá a suspender el contrato de trabajo del citado empleado por un período máximo de dos meses. Finalizado dicho período el contrato se dará por definitivamente finalizado. Durante el período de suspensión contractual, cesará la obligación por parte de la empresa, de abonar salario y cotizar por el empleado en cuestión.";

d.- como compensación por la aportación del móvil con la necesaria contratación de datos, los trabajadores perciben una serie de compensaciones que si bien inicialmente no se especificaban ni en los nuevos contratos, ni en los documentos de novación contractual, se especifican en los documentos suscritos a partir del día 20-12- 2018 y consisten en una cantidad fija en concepto de amortización del teléfono (tres euros mensuales) y otra variable en función de la jornada contratada que se ha calculado en función de los datos que se consumen en los repartos efectuados;

f.- en los contratos no consta información alguna al trabajador del tratamiento que se va a efectuar de los datos obtenidos, si bien ha resultado acreditado que plataforma informática que soporta el funcionamiento del "Proyecto Tracker" está alojada en la nube de AWS, y su acceso solo está disponible para los técnicos de la empresa Vector, que ningún tercero puede acceder a los datos allí almacenados sin contar con las debidas autorizaciones y permisos de acceso y que el centro de proceso de datos de AWS se encuentra dentro de la Unión Europea con lo que cumple con todos los requisitos de protección y privacidad de datos establecidos en el reciente reglamento europeo conocido como GDPR.

g.- los trabajadores para descargar la aplicación en su teléfono móvil han de proporcionar un número de teléfono o una dirección de correo electrónico en la que reciben el código de descarga.

Sexto.

Expuestos estos datos, consideramos que por su especial trascendencia, la primera cuestión que debe abordarse consiste en analizar si el proyecto empresarial vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores.

Al respecto, hemos de comenzar por señalar que no se ha cuestionado por las partes que los datos localización de una persona constituyen datos de carácter personal- y como tal se prevé expresamente en el art. 4.1 del Reglamento 679/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27-4-2016 y que mor de lo dispuesto en el art. 4.2 del mismo cualquier operación que se efectúe sobre los mismos tiene el carácter de "tratamiento", y ello implica que cualquier actuación empresarial que incida sobre los mismos afecta al derecho la privacidad del trabajador protegido por los arts 18.1 y 4 de la CE , como se viene reconociendo por la doctrina constitucional a raíz de la STC 186/2000 .

La doctrina judicial (por todas STSJ Comunidad Valenciana de 20-5-2017) ha venido admitiendo que los empresarios puedan imponer sistemas de geolocalización a los trabajadores lo que se ampara en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales a la propiedad privada (art.33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE

), deduciéndose la habilitación legal a tal fin de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 20 del E.T (" El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad "), si bien la implantación de dicha medida, en cuanto que supone una injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores, ha de superar el denominado juicio de proporcionalidad ya que como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia Constitucional " el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero , 171/1990, de 12 de noviembre , y 240/1992, de 21 de diciembre , entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre , 4/1996, de 16 de enero , 106/1996 , 186/1996, de 25 de noviembre , y 1/1998, de 12 de enero , entre otras muchas). Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes . "(STC 98/2000).

Por otro lado, cuando se trate de la obtención de datos de carácter personal deben colmarse los deberes de información al interesado que imponía el art. 5.1 de Ley de Protección de datos de 1999, y que en la actualidad imponen los arts. 12 y 13 del Reglamento europeo y 11 de la LO 3/2018 de 6-12 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, norma esta última que con relación al tema que nos incumbe regula en su art. 90, al que ya se ha hecho referencia, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral de la forma siguiente:

"1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión."

Partiendo de lo anterior hemos de señalar que como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal el proyecto Tracker, tal y como ha sido implantado por la empresa, vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores por cuanto que:

A.- En primer lugar, porque la medida implantada, si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa como son el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente- de forma que éste pueda conocer en todo momento la ubicación de su pedido, dotando a la empresa de capacidad para proporcionar servicios que se afirma ya ofrecen otras empresas del sector-, no supera a juicio de la Sala el necesario juicio de proporcionalidad.

La misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.

B.- En segundo lugar, porque además para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcionar a los trabajadores de la información a que se refieren los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016 , 5 de la anterior Ley de protección de datos y 11 y 90 de la vigente LO 3/2018.

Séptimo.

- Siendo lo ya suficiente como para estimar las emanadas deducidas y declarar la nulidad de la medida implantada consideramos que la misma asimismo vulnera la legalidad ordinaria, por las siguientes razones:

1º: - Consideramos que la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial, ya que además de quebrar con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza la nota de ajenidad del contrato de trabajo (art. 1.1 ET) y desplazando el deber empresarial de proporcionar ocupación efectiva del trabajador (arts. 4.2 a) y 30 E.T) a éste al que se responsabiliza de los medios, de forma que cualquier impedimento en la activación del sistema de geolocalización implica cuando menos la suspensión del contrato de trabajo y la consiguiente pérdida del salario- ex art. 45.2 E.T -; y, por otro lado, la compensación que se oferta por tal aportación resulta de todo punto insuficiente, ya que se calcula el valor de un terminal móvil de baja gama (se ha calculado un precio de 110 euros, y sobre una vida útil de 3 años) y la contratación de unos datos por internet que únicamente se compensan en función de su utilización en el trabajo, prescindiendo de si tal contratación era o no deseada por el empleado para el desarrollo de su vida personal.

Sobre este punto no consideramos de aplicación la doctrina jurisprudencial que se cita por el demandado que se admite que en el seno de una relación laboral por parte de los trabajadores se aporten medios propios para el desenvolvimiento de su actividad (STS de 26-2-21986 y posteriores), pues la misma se refiere a falsos autónomos, en los que la exigencia de aportación de medios por el trabajador es aprovechada por el empleador para dar cobertura a una relación civil o mercantil fraudulenta, intentando eludir la aplicación de la legislación laboral.

2ª.- La denominada "cláusula de resolución" que obra en los contratos y en los pactos novatorios, como ha puesto de manifiesto la Inspección de Trabajo, implica de hecho la adopción de un régimen de infracciones y sanciones, vía contrato individual de trabajo, obviando el art. 58.1 E.T que encomienda tal misión a la negociación colectiva.

Debemos destacar que la referida cláusula resolutoria opera en la práctica como una auténtica causa de despido disciplinario del trabajador al margen del art. 54 del E.T , pues para que opere la extinción contractual no indemnizada se prescinde por completo de la necesaria culpabilidad señalada el apartado 1 de dicho artículo, así como de las garantías formales propias del despido disciplinario del art. 55 del E.T . Al respecto hemos de destacar como la empresa a lo largo de las reuniones mantenidas con la representación social no ha tenido problema en referirse a las mencionadas cláusulas como régimen disciplinario, expresión ésta que consta en el propio manual del proyecto.

Octavo.

- Por todo ello, se estimarán las dos demandas deducidas, resultando innecesario entrar a conocer respecto de las peticiones formuladas por UGT con carácter subsidiario.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con ESTIMACIÓN de las demandas deducidas por CCOO Y UGT contra TELEPIZZA SAU declaramos la nulidad del denominado por la empresa " Proyecto Tracker", que supone la obligación para el trabajador con categoría de repartidor de aportar a la actividad empresarial de un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, y la aplicación informática de la empresa que permite la geolocalización del dispositivo y del trabajador durante su jornada laboral; así como la nulidad de las cláusulas introducidas en los contratos/tipo o novaciones que exijan la aportación del teléfono móvil con conexión a internet del trabajador en beneficio de la empresa por aplicación del referido "Proyecto Trucker, que la implantación del Proyecto Tracker ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 del ET y la nulidad de las medidas disciplinarias previstas en el proyecto Tracker y en las cláusulas contractuales al no ajustarse al régimen establecido en el convenio colectivo ni a los supuestos previstos en el art. 45 y 49 del ET "

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0318 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0318 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.