Roj: **STS 518/2021** - **ECLI:ES:TS:2021:518**

Id Cendoj: **28079140012021100165**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **08/02/2021**
Nº de Recurso: **84/2019**
Nº de Resolución: **163/2021**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 136/2019,**
STS 518/2021

FONDO DOCUMENTAL

CASACION núm.: 84/2019

Ponente: Excma. Sra. D.ª María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 3ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 163/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Dª. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

Dª. María Luz García Paredes

En Madrid, a 8 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Jorge Francisco Gómez Adán, en nombre y representación de Telepizza, SAU, contra la sentencia de 6 de febrero de 2019, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 318/2018, seguido a instancia de CCOO y UGT contra Telepizza SAU, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos el Sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesSMC) y Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-Servicios), representados, respectivamente por los letrados D. Bernardo García Rodríguez y Dª Sonia de Pablo Portillo.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del Sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesSMC), se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación

terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "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.- 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".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 6 de febrero de 2019, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "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".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"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 abonara 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, recepcionan 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 delas 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 v 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 entiempo real v 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" 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.- TRACKER 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 articulo 3.1.c) ET:

- Inferiores a las establecidas en el artículo 5 de la 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 tos 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 CLÀUSULA 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.

DÉCIMO-CUARTO.- 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 transmitirlas 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-".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación legal de Telepizza, SAU, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la representación de los sindicatos Federación de Servicios de CCOO y FeSMC-UGT, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso improcedente, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de febrero de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las Organizaciones Sindicales UGT y CCOO se presentaron demandas de conflicto colectivo por las que impugnaban el Proyecto Tracker de la empresa demandada, en el que se establecían las condiciones y alcance de la obligación de los repartidores, durante su actividad de reparto, de estar geolocalizados por medio de un app que debía instalarse en su teléfono móvil personal.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) ha dictado sentencia el 6 de febrero de 2019, en el proceso seguido bajo el número 318/2018, en la que, con estimación de la demanda, declara "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".

La sentencia recurrida ha estimado la demanda partiendo de los siguientes hechos que ha estimado probados: El día 9 de mayo de 2018, la empresa comunica al Comité Intercentros su intención de implantar un proyecto denominado "tracker-repartidores", para facilitar a los clientes el seguimiento del estado de sus pedidos, sistema que se reflejaría en las nuevas contrataciones mediante unas determinadas cláusulas, así como de las consecuencias en determinados supuestos de no uso . La representación de los trabajadores solicitó información para su valoración. La empresa, posteriormente, da a conocer dicho régimen bajo la denominación de "Procedimiento interno Tracker" que recoge diferentes apartados (tracker repartos, medios utilizados por el empleado, forma de utilización, responsabilidad del empleado, régimen disciplinario, remuneración compensatoria del uso de la herramienta. El 4 de julio de 2018, la empresa comunicó al Comité Intercentros que las nuevas contrataciones realizadas a partir del día 1 de julio quedaban adheridas al proyecto, emitiéndose respuesta por CCOO y UGT con las diferentes objeciones que apreciaban en ese proyecto. Diversas reuniones posteriores entre empresa y el citado Comité pusieron de manifiesto las discrepancias entre las partes, existiendo un posterior requerimiento a la empresa por parte de la Inspección de Trabajo en las que se expresaban las objeciones al proyecto, al contener condiciones inferiores a la normativa aplicable, por lo que

se requería a la empresa en los términos que expresa el relato fáctico, comprobándose posteriormente por dicho organismo que la empresa no lo atendió. El alcance que sobre el dispositivo móvil tiene la App que debe utilizarse se describe en el informe pericial que recoge el relato fáctico en términos que se pueden resumir en los siguientes: por medio de ella el cliente puede ver la ruta seguida por el repartidos, viendo la ubicación del pedido en tiempo real, de forma que envía datos mientras el repartidor tenga pedidos asignados y pendientes de entrega, con borrado de datos al día siguiente de la finalización del reparto; por ella se tiene acceso a la geolocalización, a fin de utilizar los datos gráficos en un mapa que visualiza la ruta seguida por el repartidor en cada entrega y ello comienza una vez que se asigna un pedido en cuyo momento el sistema tracker genera el código numérico por cada pedido; acceso a cámara para escanear el código QR con validez de 8 horas, si bien no está en uso. Los permisos los puede desactivar en cualquier momento el repartidor. La App no tiene permiso para recoger datos del dispositivo, tales como numero de tfno., de serie, o código IMEI o del dispositivo si bien para su descarga es necesario proporcionar un número de teléfono móvil o dirección electrónica a fin de recibir el código de descarga. Como consecuencia de este sistema, en las ofertas de trabajo que la demandada 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. El proyecto impone causas de suspensión y extinción del contrato, en relación con el sistema de geolocalización.

A partir de estos hechos y en atención a las pretensiones de las partes demandantes, la Sala, respecto de la petición relativa a 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, estima la misma porque, en atención al precepto que la ampara, "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", ya que se omiten datos esenciales para poder emitir su informe la representación de los trabajadores, máxime cuando se trataba de sistemas que podían afectar a datos de carácter personal de los trabajadores. No es hasta después de la puesta en marcha de la aplicación cuando se facilita a CCOO la prueba piloto y el certificado de la empresa que la había desarrollado y que trataría los datos.

Respecto de las restantes pretensiones, relativas a la anulación del proyecto por otras razones (exigir aportación de un teléfono móvil con conexión a internet por parte del trabajador y uso en él de aplicaciones informáticas de la empresa para su geolocalización, y la nulidad también del clausulado del contrato de trabajo que afecta a dichos extremos, debiendo en otro caso ser la empresa la que proporcione dicha herramienta y nulidad de las medidas disciplinarias que el proyecto impone y compensaciones económicas por la aportación del móvil con internet fijadas por la empresa), la Sala de instancia considera que el proyecto empresarial que se impugna vulnera el derecho de privacidad de los afectados por el conflicto al no superar el juicio de proporcionalidad cuando puede acudirse a medidas de menor injerencia en aquel derecho como la implantación de dicho sistema en los vehículos en los que se desplazan los trabajadores para llevar los pedidos o pulseras con dicho dispositivo que sustituye la aportación de la herramienta por el empleado y no tiene datos de carácter personal, como seria el numero de teléfono o la dirección email -precisa para descargar la aplicación-. Además, considera que no se ha dado a los trabajadores la oportuna información del art. 12 y 13 del Reglamento 679/2016 de la Ley entonces vigente, actual art. 11 de la Ley 3/2018.

Es más, la sentencia de instancia, en orden a la legalidad ordinaria, considera que también se incurre en abuso de derecho por parte de la empresa ya que con tal proyecto se quiebra la ajenidad en los medios, al hacer responsable al trabajador de cualquier impedimento en la activación del sistema, mediante la suspensión del contrato con perdida de salario, siendo insuficiente la compensación económica que, por la aportación de la terminal y conexión a internet, se ha determinado por la empresa. Igualmente, entiende la sentencia de instancia que la cláusula de resolución que obra en los contratos y los pactos novatorios suponen un régimen sancionador, tal y como el proprio proyecto lo califica, que solo está encomendado a la negociación colectiva.

Frente a dicha sentencia se han interpuesto por la demandada recurso de casación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado e) del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social(LRJS), se denuncia la infracción del art. 64. 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la jurisprudencia recogida en la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de noviembre de 1999.

Claramente, el motivo esta destinado a combatir la estimación de la pretensión principal formulada por CCOO y en ese sentido, se fundamenta la infracción en los siguientes términos:

La parte recurrente alega que el art. 64.5 f) del ET y el art. 67 del Convenio Colectivo aplicable fijan el derecho de información en relación a determinados supuestos entre los que no figura el proyecto que aquí se está impugnando ya que no supone la implantación de un nuevo sistema de organización del trabajo por parte de la empresa sino que tiene por finalidad que los clientes tengan en todo momento conocimiento del lugar en que se encuentra su pedido de forma que el sistema de trabajo no se ve alterado de ningún modo, no pudiendo la empresa controlar la actividad del empleado por medio de dicha aplicación, que solo permite al cliente

controlar la ubicación del pedido. A mayor abundamiento, entiende que la demandada ofreció información suficiente al Comité Intercentros, comenzando por la ofrecida el 9 de mayo de 2018, relativa a los extremos fundamentales del proyecto, siendo implantando el sistema el 1 de junio de 2018, tiempo durante el cual pudo emitir su informe el citado Comité a quién se remitió en aquella primera fecha un comunicado con explicación completa del proyecto, y otra documentación que, incluso, supera a la necesaria, no sirviendo para negar dicha suficiencia los elementos que describe la sentencia como exigibles para tener por cumplida dicha información, partiendo de que determinadas omisiones, como pudiera ser la relativa a la compensación económica o régimen disciplinario estaban siendo objeto de negociación con la representación legal de los trabajadores, según se refleja en hechos probados.

La parte demandante, UGT, ha impugnado el recurso oponiéndose al motivo al considerar que el único proceso de negociación se ha llevado a cabo tras la implantación unilateral de la medida y como consecuencia de haberse abierto un procedimiento de mediación por parte del dicho sindicato.

En similares términos se impugna el motivo por parte del Sindicato demandante CCOO, destacando que el proyecto siempre fue valorado por la demandada como un sistema de organización del trabajo, según reiteró en el acto de juicio. Es más, acude al propio relato fáctico para destacar que el proyecto afecta a la organización de los repartos pendientes de entrega a domicilio, siendo calificado de sistema esencial en la prestación laboral de los repartidores. Respecto de la reunión del día 9 de mayo considera que en ella no se proporcionó información suficiente, como seria la relativa a las características técnicas del sistema, de interés relevante sobre los datos de carácter personal.

El Ministerio Fiscal emite informe en el que entiende que el recurso debe ser desestimado y, en concreto, respecto de este primer motivo manifiesta que debe ser rechazado porque del relato fáctico se obtiene lo que concluye la sentencia recurrida. Tampoco considera que la información ofrecida al Comité Intercentros sea idónea al omitir elementos que hubieran permitido valorar la trascendencia de la medida sobre los datos de carácter personal. Finalmente, refiere que la mención a la vigente Ley 3/2018 no es nada relevante de cara a estimar el motivo por cuanto que es solo una mera cita de lo que el legislador viene exigiendo.

El motivo debe ser desestimado porque la sentencia recurrida no ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia.

Según se desprende de lo alegado por la recurrente, la infracción normativa se encuentra en el ámbito de la legalidad ordinaria. Pues bien, a tal efecto, el art. 64 del ET, en materia de información, consulta y competencias del Comité de Empresa, recoge en su apartado 1 el derecho del citado comité a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, en los términos previstos en dicho precepto. Y define lo que se entiende por información como la transmisión de datos que permitan tener conocimiento de una cuestión determinada y pueda procederse a su examen. Es más, alude al espíritu de cooperación, en cumplimiento de los derecho y obligaciones recíprocas, en consideración a los intereses de ambas partes. Con este mandato general y en ese entendimiento, el precepto describe seguidamente el ámbito material de ese derecho, recogiendo, efectivamente y en el apartado 5, el derecho a ser informado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, diciendo a renglón seguido que el citado Comité tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución de la medida que pretende implantar el empresario, en determinas cuestiones, como las reflejadas en su apartado f), en el que se indica la siguiente: "La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo".

Por su parte, el art. 67 del Convenio Colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 20/12/2016), en su apartado 5 dispone que "El Comité Intercentros asume las competencias previstas en los artículos 64 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuando las medidas o reivindicaciones afecten a más de un centro de trabajo y en atención a ello deban ser tratadas con carácter general en toda la empresa".

En este contexto legal y convencional, centrado el debate en el derecho de información, que no de consulta, que se ostenta por la representación legal de los trabajadores, en este caso por el Comité Intercentros, la decisión de la sentencia recurrida en orden a la infracción de aquel mandato la entendemos ajustada a derecho.

El proyecto tracker afecta al sistema de organización y control del trabajo aunque su finalidad, entre otras, vaya dirigida a facilitar al cliente el seguimiento del pedido.

Desde el momento en el que ese proyecto impone la necesidad de que el trabajador aporte una herramienta de trabajo, bajo un sistema con repercusión posible sobre datos de carácter personal y de necesaria determinación económica a efectos de compensaciones, junto a la incidencia en el clausulado de los contratos

de trabajo y, más aún, en la condiciones laborales, en tanto que afecta a las causas de suspensión, extinción del contrato y régimen disciplinario, no podemos decir que ese derecho de información escape de las cuestiones que describe el apartado f).

Y en ese sentido, es cierto que ya en la reunión de 9 de mayo de 2018, en la que se anuncia al Comité Intercentros el proyecto empresarial, se indica por la empresa que se informaría y formaría a los trabajadores de este nuevo sistema de organización y control de la actividad de reparto, lo que revela que es la propia empresa la que admite el alcance de su medida. Es más, se vuelve a decir que el uso del nuevo sistema le permitirá hacer el seguimiento en tiempo real de la ubicación de los pedidos que se realizan. Términos que son reiterados mas adelante en la presentación de la normativa interna a la que se refiere el hecho probado quinto Por tanto, no podemos aceptar el criterio de la parte recurrente sobre la inaplicación del art. 64.5 y en su apartado f) del ET, tanto en relación con el derecho de información pasiva como activa (empresario y Comité Intercentros respectivamente). Y tal mandato no podría verse cumplido con la información dada al Comité Intercentros al anunciar que pensaba implantar dicho proyecto.

En efecto, los términos en los que se informó por la empresa, en la reunión de 9 de mayo de 2018, como bien refiere la sentencia de instancia, eran más genéricos que sustanciales, en tanto que no se facilitó información del alcance de la geolocalización sobre los datos personales del dispositivo móvil, como tampoco se puede calificar como suficiente la referencia a las condiciones de aportación y uso del móvil sin especificación de las mismas, así como la referencia a un régimen disciplinario inespecífico en cuanto a la concreta conducta y tipificación.

Aunque se entendiera, como destaca la sentencia de instancia, que los datos relevantes se empiezan a conocer a partir del 12 de noviembre de 2018, resulta que entonces ya estaba en funcionamiento el sistema, presentándose en ese momento el certificado de la empresa que había desarrollado la aplicación e iba a tratar los datos. Esto es, el derecho que otorga el art. 64 del ET a la representación legal de los trabajadores fue ignorado por la demandada que procedió a implantar el sistema sin poner a disposición de dicha representación la información realmente necesaria para un exacto conocimiento del alcance del mismo.

Se cita por la recurrente la STS de 2 de noviembre de 1999, rec. 1387/1999, pero su doctrina no ha sido infringida por la sentencia de instancia. En ella se trataba de analizar el alcanza de un precepto convencional que obligaba a la empresa a facilitar información al Comité de los puestos de trabajo con asignación del complemento de destino, sin especificación de que se acompañen datos mas pormenorizados o individualizados, siendo esto último lo que se pretendía por la representación de los trabajadores. Es más, aunque en ella se afirma que los derechos de información no debe ser susceptibles de interpretación extensiva y que su ejercicio no debe interferir más de lo necesario en las competencias del empresario, también señala que no pueden superar los limites fijados por la ley. Pues bien, esos términos han sido oportunamente respetados en la sentencia de instancia que, precisamente, dentro del marco legal, ha entendido que la empresa no ha dado cumplimiento a aquel mandato, sin que se advierta que con ello se haya interferido en modo alguno el ámbito de actuación de la empresa y menos cuando implantó en todo caso el sistema, con las omisiones legales que se han indicado.

Finalmente, respecto de la cita que se hace en la sentencia de instancia de la vigente Ley 3/2018, ninguna relevancia tiene sobre el fallo por cuanto que lo es a título meramente ilustrativo, como forma de corroborar qué información resulta relevante a los efectos de que se pueda conocer por la representación legal de los trabajadores los cambios que pretende operar el empresario y, en su caso, para que aquellos puedan emitir su informe en la materia, tal y como ha previsto el legislador.

SEGUNDO. - El segundo motivo, con igual amparo procesal que el anterior, denuncia la infracción del art. 38 de la Constitución Española (CE), art.1.1, 5 c), 26.3 del ET y la jurisprudencia recogida en las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) de 21 de enero de 1988, 15 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1992, 16 de enero de 1996, 25 de noviembre de 1996 y 12 de enero de 1998.

Según la parte recurrente y en lo relativo al juicio de proporcionalidad al que se refiere la sentencia recurrida, considera que la medida adoptada supera ese criterio al no responder a un capricho empresarial sino que pretende evitar un déficit comercial competitivo frente a la competencia, por lo que resulta necesaria, siendo el sistema implantado la única alternativa idónea para el tracking o seguimiento de pedidos, sin que el hecho de que el móvil sea propiedad del empleado altere esa proporcionalidad y ello porque es posible pactar la aportación de esos elementos a cambio de una compensación económica, máxime cuando con el sistema no se accede a datos personales del trabajador al margen de su ubicación. Se manifiesta por el recurrente que socialmente el uso del móvil con conexión a internet está totalmente implantado en un alto porcentaje de la población y esa aportación del trabajador no tiene que ser diferente a la que incluso pactan las partes en relación con la motocicleta. Igualmente, considera que la identificación del numero de móvil es consecuencia

de lo pactado en el contrato y en todo caso este dato así como el email no es personal ya que puede ser empresarial o no pertenecer al empleado.

Finalmente, respecto del derecho de información al trabajador la misma se encuentra recogida en el clausulado del contrato de los empleados.

Las partes recurridas se han opuesto al motivo. El Sindicato UGT expone la falta de fundamentación del motivo que, aunque identifica determinados preceptos y jurisprudencia, sobre los mismos no sostiene ningún razonamiento jurídico que evidencie la infracción. No obstante, también considera que el motivo debería rechazarse por razones de fondo, recordando la doctrina recogida en la STS de 21 de septiembre de 2015 que calificó de abusiva la cláusula contractual en la que se indicaba que el trabajador aportaría su dispositivo móvil o dirección de correo electrónica alegando que si en aquel caso ya se alcanzó aquella calificación jurídica, al escapar de la previsiones de la Ley 15/1999, por no resultar imprescindible para el contrato de trabajo, sin poder entenderse incluida en la previsión del art. 2.2 del RD 1720/2007, en el presente caso estaríamos en un caso similar al tener que facilitar el número de teléfono o email para poder ser descargado en el dispositivo personal la aplicación de la empresa. Igualmente, acude a la doctrina constitucional, recogida en la STC 39/2016, a la que se ajusta la sentencia recurrida.

El Sindicato CCOO se opone al motivo porque, en relación con la necesidad empresarial de implantar el referido proyecto, considera que es una mera conveniencia empresarial que no puede desplazar la protección y salvaguarda de la libre protección de datos personales por los trabajadores, máxime cuando no se ha acreditado que sea la única alternativa posible. Tampoco considera que sea un acuerdo libre de voluntades entre trabajador y empresario en cuanto que es un proyecto unilateral en el que se blindan consecuencias disciplinarias, recordando a tal efecto la STS de 21 de septiembre de 2015. Respecto de los datos personales, sigue diciendo, se declaró probado que deben facilitarse los mismos para poder descargarse la aplicación, lo que implica una invasión de derechos fundamentales en los términos descritos en la sentencia recurrida. Finalmente, refiere que el contenido del clausulado del contrato, que se introdujo tras ser conocido el informe de la Inspección de Trabajo y estar planteadas las demandas de conflicto colectivo, no se ajustan al consentimiento informado al que se refiere la sentencia impugnada y, en todo caso, no mermaría la falta de proporcionalidad que ha apreciado la sala de instancia.

Igualmente, el Ministerio Fiscal entiende que el motivo debe ser desestimado porque si se parte, por no cuestionado, de que los datos de localización son datos de carácter personal, a partir de ahí todo lo que se plantee constituye cuestión nueva. Si no se entendiera así sería necesario acudir al juicio de proporcionalidad que, como bien refiere la sentencia de instancia, no se ha superado al poder acudirse a métodos menos invasivos, sin que este extremo se haya combatido debidamente en el motivo.

El motivo debe ser rechazado porque tampoco se advierte infracción de la normativa que se invoca.

El art. 38 de la CE, dentro de la Sección destinada a los derechos y deberes de los ciudadanos, dispone que " Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

El art.1.1 del ET, destinado al ámbito de aplicación, indica que "Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"

El art. 5 c) del ET, en relación con los deberes laborales, dispone que los trabajadre4s tienen como deberes básicos "Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas".

El art. 26.3 del ET, al regular el salario, nos dice lo siguiente: " Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa".

Pues bien, si como se indica en el art. 207 e) de la LRJS, en relación con el art. 210.2 del mismo texto procesal, el motivo del recurso debe fundarse en la infracción de normas que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, razonando la pertinencia y fundamentación, la lectura del motivo que nos ocupa no da razón de la forma en que la sentencia recurrida ha vulnerado aquellos preceptos que fundan el motivo, con

lo cual deberíamos rechazarlo, tal y como solicita la parte recurrida, en aplicación de la constante y reiterada doctrina de esta Sala. En efecto, se ha señalado, que un correcto planteamiento de este motivo " no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia" (sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 2008, R. 2206/2006 y 5 de marzo de 2008, R. 1256/2007 y 4298/2006 , 14 de mayo de 2008, R. 734/2007 y 1671/2007 ; 17 de junio de 2008, R. 67/2007 ; 25 de septiembre de 2008, R. 1790/2007 ; 2 y 7 de octubre de 2008 , R. 1964/2007 y 538/2007 ; y 3 de noviembre de 2008, R. 2791/2007).

Así como que el incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º LEC (entre otras, sentencias de 8 de marzo de 2005, R. 606/2004 ; 28 de junio de 2005, R. 3116/2004 ; 16 de enero de 2006, R. 670/2005 y 8 de junio de 2006, R. 5287/2004 ; 7 de junio de 2007, R. 767/2006 ; 21 de diciembre de 2007, R. 4193/2006 ; 16 y 18 de julio de 2008 , R. 2202/2007 y 1192/2007 ; 19 y 25 de septiembre de 2008 , R. 384/2007 y 1790/2007 ; 22 de octubre de 2008, R. 4312/2006 ; 16 de enero de 2009, R. 88/2008 ; 17 de febrero de 2009, R. 2401/2007 , 19 de mayo de 2011, R. 2246/2010 y 21 de septiembre de 2011, R.3524/2010). Doctrina que se recuerda en la STS de 26 de febrero de 2020, rec. 160/2019" (STS de 11 de marzo de 2020, rc. 184/2020).

No obstante, tampoco comparte esta Sala los argumentos que el motivo ofrece, tras reproducir literalmente fundamentos jurídicos quinto y sexto, en relación con el juicio de proporcionalidad que ha realizado la sentencia impugnada.

Es importante destacar, como indica el Ministerio fiscal y las partes recurridas, que no es objeto de este recurso, por no haberse cuestionado por las partes en la instancia, el que los datos de localización de una persona constituyen datos de carácter personal y que cualquier operación sobre ellos tiene el carácter de tratamiento, enmarcándose todo ello en el derecho protegido por el art. 18.1 y 4 de la CE.

Pues bien y en atención a la normativa aplicable al momento de adoptarse la medida, creemos oportuno traer a colación el concepto de datos personales del art. 4.1 del Reglamento 2016/679 en el que se identifica como tal " toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado"); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona", y el concepto de -tratamiento, del apartado 2 en el que se dice: "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

Y recordar lo que indica la STS de 7 de febrero de 2018, rc. 78/2017, al señalar que "el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y que. Sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que s e requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva el poder de disposición sobre los datos personales" (STC 254/1993 y 292/2000)"

La sentencia recurrida lo primero que aborda, en su fundamento jurídico sexto, es un análisis del proyecto empresarial, en el marco del derecho a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores. Y sobre este extremo, lo que advierte es que el juicio de proporcionalidad no se supera en este caso en tanto que la finalidad perseguida con el proyecto se podía cubrir con otros medios de menor injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores que además, no implicarían intromisión en datos de carácter personal -numero de teléfono, dirección de correo electrónico-. Junto a ello, y en este examen del derecho de protección de datos de carácter personal, se añade otra omisión de la empresa como la de proporcionar a los trabajadores la información de los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016, entonces vigente.

Siendo ese el fundamento de la sentencia recurrida, debemos señalar que dicha resolución no cuestiona que la geolocalización por la que se va a tener un seguimiento del pedido que debe entregar el repartidor al cliente no sea un método adecuado o idóneo a tal finalidad -se dice por la Sala de instancia que la medida obedece

a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo a la libre empresa como son el control del empleado en el desempeño de supuesto de trabajo y la oferta de un mejor servicios al cliente, (f.d. sexto)- sino que la configuración dada al mismo por la demandada no es conforme a derecho. Por tanto, no está negando que sea una medida legitima para determinados fines o que con ella no se vaya a evitar un déficit comercial competitivo, en un momento en el que, ciertamente, ese sistema de prestar el servicio al cliente se extiende en este y otros sectores sino, simplemente, que el que ella ha implantado no supera los criterios constitucionales ni legales, cuando existen otras formas de ejecutar ese sistema que no sea ese.

Esto es, el test de idoneidad, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que es a lo que se refiere la sentencia recurrida, no es el que ha impedido superar el juicio de proporcionalidad sino el test de necesidad, en el sentido de que el medio o instrumento al que ha acudido la empresa para obtener aquel objetivo no es adecuado por existir otros medios menos invasivos y, en este extremo, la recurrente no ha desvirtuado lo que al respecto señala la Sala de instancia, al indicar que existen otros instrumentos que, siendo adecuados para cubrir la finalidad que persigue la empresa, resultan ser no invasivos de aquellos derechos constitucionalmente protegidos.

Es cierto que empresa y trabajador pueden pactar las condiciones que estimen oportunas, que puedan afectar a las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, pero aquí no se está analizando un pacto sino un proyecto implantado unilateralmente por la empresa del que, además de no haberse informado debidamente a la representación legal de los trabajadores, estos discrepan del mismo porque, junto a lo anterior, llega a establecer causas de suspensión y extinción vinculadas a conductas del trabajador al margen de las exigencias legales que deben seguirse a tal efecto.

Tampoco el hecho de que la aportación por el trabajador del móvil venga acompañada de una compensación económica es elemento suficiente para interferir y dar por superado el juicio de proporcionalidad y menos cuando las partes afectadas discrepan razonablemente del quantum asignado y que la sentencia de instancia lo califica de insuficiente. Lo que la sentencia recurrida entiende, de forma totalmente razonable, es que hay medios menos invasivos para poder alcanzar el fin perseguido.

En definitiva, el motivo no ha desvirtuado las razones ofrecidas en la sentencia recurrida sobre el juicio de proporcionalidad, no pudiendo aceptarse que la aportación por parte del trabajador de su móvil personal sea lo mismo que si lo aporta la empresa ya que en ese caso no estarían en juego derechos de los trabajadores como los que aquí se están debatiendo. Ni tampoco estamos ante una situación equiparable a la aportación de motocicleta propiedad del trabajador porque, insistimos y al margen de que ese instrumento no está en su configuración y herramienta de trabajo vinculado a datos personales, se trata de fijar si la medida adoptada no conculca los derechos fundamentales de los trabajadores.

Máxime si a ello unimos lo que la Sala de instancia añade como elemento que contribuye a la vulneración del derecho a la protección de datos personales, como el relativo a la falta de información a los trabajadores de los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016. Información que no es la que señala la parte recurrente, cuando se remite al hecho probado decimo cuarto, sino la relativa a la información que recoge el citado art. 13, en materia de tratamiento de los datos (recordemos la STC 39/2016 que nos dice " El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento para tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento").

Por último, no es necesario hacer ninguna referencia a las seis sentencias del TC que se invocan en el motivo ya que sobre ellas no hay el menor rastro en el motivo que permita a esta Sala conocer en que forma y medida se ha conculcado la doctrina que en ellas se haya tratado por el citado Tribunal, con lo que respecto de la misma deberíamos reiterar lo anteriormente expuesto, en relación con la falta de fundamentación de la infracción.

No obstante, y como recuerda la STS, de 21 de diciembre de 2020, rc. 63/2019, con cita de la STC 186/00, se debe señalar que "el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 C.E.) y reconocido expresamente en el art. 20 L.E.T. atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Más esa facultad ha de producirse, en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral

(arts. 4.2 c) y 20.3 LET". Alcance de la doctrina constitucional que actualmente y a partir de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, se refleja en el art. 20 bis, en materia de derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

TERCERO.- El siguiente y ultimo motivo, siguiendo con la infracción normativa y de jurisprudencia, se invoca como preceptos vulnerados, además de algunos de los ya invocados anteriormente, el art. 44 del Convenio Colectivo, en relación con el art. 49.2 del ET y la doctrina de las SSTS de 26 de febrero de 1986, 8 de marzo de 1990 y 29 de enero de 1991.

El motivo se destina a combatir el fundamento jurídico séptimo con las siguientes alegaciones:

1. La aportación por parte del trabajador de instrumentos para el desempeño de la actividad laboral: Según la recurrente, esta cuestión es de relevancia, no solo individual sino colectiva -a tenor de lo que recoge el art. 44 del Convenio Colectivo- y lo decidido en la sentencia recurrida contraviene la jurisprudencia, incurriendo en una reinterpretación del art. 26.3 del ET. Así, respecto el elemento de ajenidad que caracteriza el contrato de trabajo no se desvirtúa por la aportación por el empleado de herramientas ya que está contemplada en el art. 26.2 del ET y en el art. 109.2 c) de la LGSS 1994 y posterior RDL 20/2012 y así lo reconoció ya la STS de 26 de febrero de 1986. Partiendo de ello, sigue diciendo el motivo, el trabajador aporta un dispositivo móvil con conexión de datos, siendo un elemento auxiliar secundario de la actividad personal, sin que el contrato de trabajo tenga por fin la explotación económica del mismo. Todo ello sin olvidar que el propio convenio colectivo ya contempla la aportación de otros elementos o herramientas por parte de los trabajadores, como es la motocicleta. Finalmente y en relación con la compensación económica, refiere que no hay referencia legal o jurisprudencial que venga a señalar método o cuantía concreta a tal efecto, siendo el criterio de razonabilidad el que ha seguido a tal efecto, tras haberse esforzado en negociar con el Comité Intercentros, como se advierte en los h.p. 6º, 8º y 9º, y no alcanzar acuerdo alguno, por lo que se fijo una cuantía sobre unos parámetros, a pactar en los contratos de trabajo.

2. La existencia de pacto entre las partes y las cláusulas resolutorias. En este apartado se remite al art. 49 b) del ET para decir que la que se cuestiona en relación con el proyecto se ajusta al mandato de aquel precepto y no puede calificarse de abusiva.

Los escritos de impugnación del recurso consideran que el motivo debe desestimar. Por parte del Sindicato UGT se insiste en que la exigencia de que el trabajador aporte a la prestación de servicios herramientas debe referirse a material accesorio o marginal y estar amparada en norma convencional, ya que de lo contrario compromete la nota de ajenidad, lo que no es el caso del contenido del Proyecto Tracker, en el que el móvil se configura como elemento que puede provocar hasta la extinción del contrato. Además, se reitera que el convenio colectivo, en el art. 44, tan solo se refiere al vehículo propio y no es posible hacerlo extensible a otros útiles y menos a los que puedan invadir la esfera de los derechos fundamentales. Del mismo modo, sigue diciendo la parte recurrida, la causa de extinción que contempla el proyecto invade el régimen disciplinario con abuso de derecho.

El Sindicato CCOO también se opone al motivo. Por un lado, porque la lectura del contenido del proyecto revela que contiene una imposición empresarial en materia de aportación de herramientas de trabajo propios del trabajador, con compensaciones económicas que benefician a la empresa y con imposición de un régimen disciplinado al margen de lo que debe ser un libre acuerdos de disposición entre las partes, lo que debe calificarse de abuso de derecho y no encuentra amparo en los preceptos que se invocan como infringidos, debiendo tenerse en consideración la doctrina de esta Sala en materia de interpretación de los contratos. Finalmente, respecto de la cláusula resolutoria del contrato, se remite a la doctrina recogida en la STS de 21 de septiembre de 2015.

El informe del Ministerio Fiscal considera que el motivo debe ser desestimado. Lo califica de carácter residual y afirma que las alegaciones del recurrente no han desvirtuado el razonamiento de la sentencia de instancia, para lo cual basta con la lectura del hecho probado quinto, en los apartados destinados a la responsabilidad del empleado.

El motivo debe ser desestimado por las razones que pasamos a exponer.

En primer lugar, volvemos a encontrarnos con un motivo en el que hay una invocación de sentencias de esta Sala, como las de 8 de marzo de 1990 y 29 de enero de 1991, sobre las que se omite referencia específica alguna a su doctrina con lo cual no podemos entender que, se haya argumentado adecuadamente la infracción de jurisprudencia que pudiera hacer necesario su examen.

Sobre la infracción de norma sustantiva que incluye el motivo no podemos atender lo que pretende la parte recurrente.

La sentencia recurrida, en el marco de la legalidad ordinaria, es cierto que califica de manifiesto abuso de derecho empresarial la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos que describe el proyecto.

Pues bien, centrándose el motivo, en su primer apartado, en el concepto de ajenidad y el tratamiento que le ha dado la Sala de instancia, debemos señalar que recientemente esta Sala ha recordado la evolución que están experimentando las relaciones contractuales en las que existen prestaciones de servicios a consecuencia de las innovaciones tecnológicas y, concretamente, en aspectos que afectan a sistemas de control digitalizados de los servicios que se prestan y que ello obliga a tener que adaptar los conceptos que caracterizan, en este caso, las relaciones laborales, recordando, ciertamente, que la aportación de elementos o herramientas para la prestación de servicios no desvirtúa la ajenidad cuando aquellos no son elementos esenciales para la configuración y definición del contrato (STS de 25/09/2020, rcud 4746/2019).

Respecto del concepto de abuso de derecho, al que se refiere el art. 7.2 del Código Civil, y que se presente cuando existen cláusulas que sobrepasan el ejercicio normal de derechos, ha sido objeto de análisis en supuestos que se asemejan al presente, en tanto que afectan a datos de carácter personal, como ya recogen los demandantes, con cita de la STS de 21 de septiembre de 2015, rc 259/2014, que califica de abusiva una cláusula de contrato en la que se exige que el trabajador facilite datos a efectos de mantener contacto y remisión de comunicaciones que afectan al contrato, así como que cualquier cambio deberá ser notificado a la empresa de forma fehaciente e inmediata. En ese caso se dijo que no se puede entender que exista consentimiento libre y voluntario del trabajador al exigir el clausulado del contrato la aportación por parte del trabajador de aquellos datos -teléfono o email-, no necesarios ni imprescindibles para el cumplimiento del contrato.

En la sentencia recurrida no se sostiene que la nota de ajenidad se desvanezca por el mero hecho de que sea el trabajador el que aporte su móvil como un elemento para poder prestar servicios. Lo que la sentencia argumenta al respecto, para concluir en que existe abuso de derecho, hay que analizarlo en relación el conjunto de medidas incluidas en el proyecto que aquí se impugna. Y, en ese sentido, cuando hace mención del concepto ajenidad en los medios lo realiza no solo desde la mera puesta a disposición por el trabajador del móvil sino atendiendo también a lo que se añade respecto del uso de dicho elemento, al imponerse en el proyecto efectos sobre el contrato de trabajo ante cualquier alteración que el dispositivo sufra y no permita la conexión, trasladando al trabajador la responsabilidad hasta el punto de que puede llegar a suspender la relación laboral con pérdida de salario o, incluso, extinguirla. Es este el marco en el que la aportación del móvil, según la sentencia recurrida, desdibuja la ajenidad e incurre en un abuso empresarial. Recordemos que el proyecto recoge lo siguiente: "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"

En definitiva, el caso que ha resuelto la sentencia recurrida, además de no estar ante una situación que pudiera asemejarse a la que la parte recurrente considera, cuando cita la STS de 26 de febrero de 1986, la calificación de abuso de derecho se centra en la existencia de una serie de obligaciones empresariales que se han trasladado al empleado, como la de proporcionar ocupación efectiva del trabajador -cuando le priva de la misma si el trabajador no repara o repone el móvil en un plazo, pasado el cual se produce la suspensión del contrato, sin optar por otras simples medidas que permitan mantener la geolocalización ya que la propia actividad de entrega no está afectada- y la correspondiente responsabilidad por ello, al privarle no solo de la ocupación efectiva sino del salario, a lo que añade la insuficiente compensación económica que ha fijado la empresa por la aportación del móvil con conexión a internet.

Y decimos que la doctrina de la sentencia de 1986 no es trasladable al caso porque aquí no se está negando la condición laboral de los trabajadores afectados por el conflicto como tampoco que puedan aportarse determinados útiles por el trabajador para atender la actividad, mediante la adecuada compensación económica, sino si las previsiones recogidas en el proyecto tracker se ajustan a las normas constitucionales y legales, en relación con los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, los derechos fundamentales de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, así como en los derechos de ocupación y mantenimiento del contrato de trato de trabajo y régimen disciplinario. Ámbitos de afectación que no fueron objeto de tratamiento en la sentencia en la que tanto insiste la parte demandada.

Finalmente, no se puede aceptar el argumento que esgrime la parte recurrente cuando acude al art. 44 del Convenio Colectivo del sector para desvirtuar lo decidido por la Sala de instancia. El que el Convenio Colectivo tenga regulado los gastos por vehículo propio, en aquellos casos en que dicha herramienta esencial de trabajo sea de la titularidad o este en posesión del trabajador, o la incidencia de dicha herramienta en la suspensión del contrato (art. 53) no significa que las condiciones del proyecto tracker, en relación con la aportación del móvil y sus efectos sobre el contrato de trabajo deban entenderse válidas en derecho aunque solo sea por el mero hecho de que la previsión del convenio es producto de una negociación colectiva, lo que no es el caso al ser una decisión adoptada por la empresa. Es más, resulta incoherente acudir a este argumento sin atender al régimen de su artículo 53, como más adelante se indicará.

En relación con la segunda cuestión en la que se centra el motivo, relativa a la causa extintiva, debemos recordar que el art. 49.1 b) del ET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá " Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario",

Al respecto, esta Sala viene señalando que " el principio de la autonomía de la voluntad que el art. 49.1 b) ET consagra (en línea aquí con el art. 1355 del Código Civil) cede necesariamente en estos casos en consonancia con lo dispuesto en los arts. 7.2 y 1115 del Código Civil" y sigue diciendo "la validez de la cláusula habrá de predicarse cuando el hecho que sirve de condición resolutoria no quede totalmente fuera de la propia voluntad o actividad del trabajador", así como que "Resulta cláusula. Abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y si, en cambio, la de la empresa. Ello ha de ser así porque en el concepto de abuso está ínsito un desequilibrio importante afectante a la parte débil del contrato", siguiendo con la cita de la STS de 4 de diciembre de 2007, rcud 507/2007 (STS de 3 de febrero de 2010, rcud 1715/2009).

Pues bien, si partimos de que el proyecto incurre en las infracciones que la sentencia recurrida ha declarado y hasta este momento hemos confirmado, en atención a que no ha existido información a los representantes legales de los trabajadores, no se ha dado cumplimiento al tratamiento de los datos personales, cualquier otra cláusula que afecte al instrumento al que el proyecto se refiere -dispositivo móvil- se quedaría sin efecto al carecer del elemento base que la sustenta, como aquí sucede respecto del clausulado. De ahí que el Ministerio Fiscal haya calificado de residual el presente motivo.

No obstante, el carácter abusivo de dicho clausulado no se ha desvirtuado en este momento ya que no debemos olvidar que, por ejemplo, sobre la extinción del contrato se fija como causa la imposibilidad sobrevenida de aportación de la herramienta por parte del trabajador -sin que ello se vincule a una conducta torticera o rebelde del trabajador en su uso- o que transcurrido un determinado plazo sin aportar un móvil también se provocará dicha extinción lo que, siguiendo el discurso que la propia parte recurrente ha introducido, cuando se remite a las previsiones del convenio colectivo, resulta ser un tratamiento del uso del móvil personal que difiere en mucho del que la norma colectiva ha dado al uso del vehículo para el reparto, no solo en orden a los criterios de suspensión sino que va más allá generando causas de extinción del contrato que no están contempladas para aquella otra herramienta, sin tan siquiera permitir la posibilidad de ofrecer, al menos, el uso de un móvil de la empresa.

CUARTO. - Todo lo anterior nos lleva, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso interpuesto por Telepizza, SAU., debiendo confirmar la sentencia de instancia. No procede la imposición de costas, a tenor del o dispuesto en el art. 235 de la LRJS.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Telepizza, SAU., representada y defendida por el letrado D. Jorge Francisco Gómez Adán.

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida de fecha 6 de febrero de 2019, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 318/2018, seguido a instancia de CCOO y UGT contra Telepizza SAU, sobre conflicto colectivo.

3.- Sin imposición de constas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ