

La tecnología digital y el empleo ¿Cuál es su situación?

Jueves, 11 de Abril 2013

OLSWANG



09.30 Bienvenida e introducción

Aspectos laborales derivados del uso de las Redes Sociales

Daniel Cifuentes, Socio, Olswang LLP

Soluciones de nube y transferencia internacional de datos

Blanca Escribano y Dominic Dryden, Socios, Olswang LLP

Trabajo en remoto – navegar por el laberinto legal

Daniel Cifuentes, Socio, Olswang LLP

10.45 Turno de preguntas

Introducción

¿Qué entendemos por Redes Sociales?

OLSWANG



Introducción

¿Qué entendemos por Redes Sociales?

OLSWANG

Redes Sociales en cifras



600 millones de usuarios



150 millones de usuarios



100 – 150 millones de usuarios, generando 250 millones de Tweets por día

Aspectos laborales derivados del uso de las Redes Sociales

OLSWANG

Selección de personal

- Discriminación
 - ✓ Acceso (durante el empleo)
- Protección de datos
- ¿Violación derecho de la intimidad?

Aspectos laborales derivados del uso de las Redes Sociales

OLSWANG

Uso de Redes Sociales durante tiempo de trabajo

- Viejos problemas → ¿Nuevas soluciones?
 - ✓ Políticas de Empresa
- Nuevos problemas → “Bring your own device”
 - ✓ Políticas de Empresa
 - ✓ E-breaks y/o herramientas corporativas
- Control y acceso
 - ✓ Test proporcionalidad
 - ✓ STC 17/12/2012 → ¿Un nuevo giro?

Redes Sociales como herramienta para sancionar disciplinariamente

- ¿Puedo despedir por hechos fuera del ámbito laboral conocidos a través de Redes Sociales?
 - ✓ Vs. buena fe contractual
 - IT, Competencia Desleal e Información Confidencial
 - ✓ Vs. reputación y buen nombre de la empresa
- ¿Es válida la prueba obtenida a través de las Redes Sociales?
 - ✓ Redes Sociales no expectativa de privacidad

Aspectos laborales derivados del uso de las Redes Sociales

OLSWANG


Redes Sociales vs. libertad de expresión

- Ponderación de intereses
 - ✓ Política de Empresa prohibiendo uso despectivo del nombre de la empresa
 - ✓ Política de Empresa prohibiendo identificación como trabajador de la empresa
 - ✓ Relevancia de lo manifestado
 - ✓ Existencia de mecanismos internos de denuncia
 - ✓ Tiempo transcurrido

Aspectos laborales derivados del uso de las Redes Sociales

OLSWANG

Acoso laboral

- ¿Es posible “acosar” a través de las Redes Sociales?
- ¿Es responsable la empresa por el “acoso digital”?
 - ✓ Ley de Prevención de Riesgos  obligación de cuidar la salud de los trabajadores
 - ✓ Política de Empresa

Notificaciones

- ¿Es posible notificar a los trabajadores a través de las Redes Sociales?
 - ✓ La SEC permite informar a los accionistas vía Redes Sociales (Cinco Días, 04 de abril de 2013).
 - <http://lector.kioskoymas.com/epaper/viewer.aspx>
 - ✓ Tribunales de EEUU, Australia e Inglaterra han admitido el envío de notificaciones judiciales vía Facebook y Twitter (ABA journal, 13 de marzo de 2013).
 - http://www.abajournal.com/news/article/ftc_can_serve_foreign_defendants_via_facebook_federal_judge_rules/

¿Por qué es necesario tener una política corporativa de Redes Sociales?

- Tener la necesaria cobertura legal
- Hacer a los trabajadores conscientes de las consecuencias del uso de las Redes Sociales

¿Cómo deber ser mi política de Redes Sociales?

- Evitar políticas restrictivas del uso de las redes sociales demasiado amplias o extensas
- Actualizado recurrentemente
- Negociada por los representantes de los trabajadores
- Conocida y aceptada por el trabajador

¿Qué no debe faltar en mi política de Redes Sociales?

- Definir ámbito/ prohibición, uso y control
- Prohibición de usar logos identificativos de la empresa o cualquier medio facilitado por la empresa (e-mail)
- No mencionar o referirse a su condición de empleado
- Definir que se entiende por comportamiento apropiado
- Anunciar la adopción de sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento

Soluciones de nube y transferencia internacional de datos

Blanca Escribano y Dominic Dryden
Socios, Olswang LLP

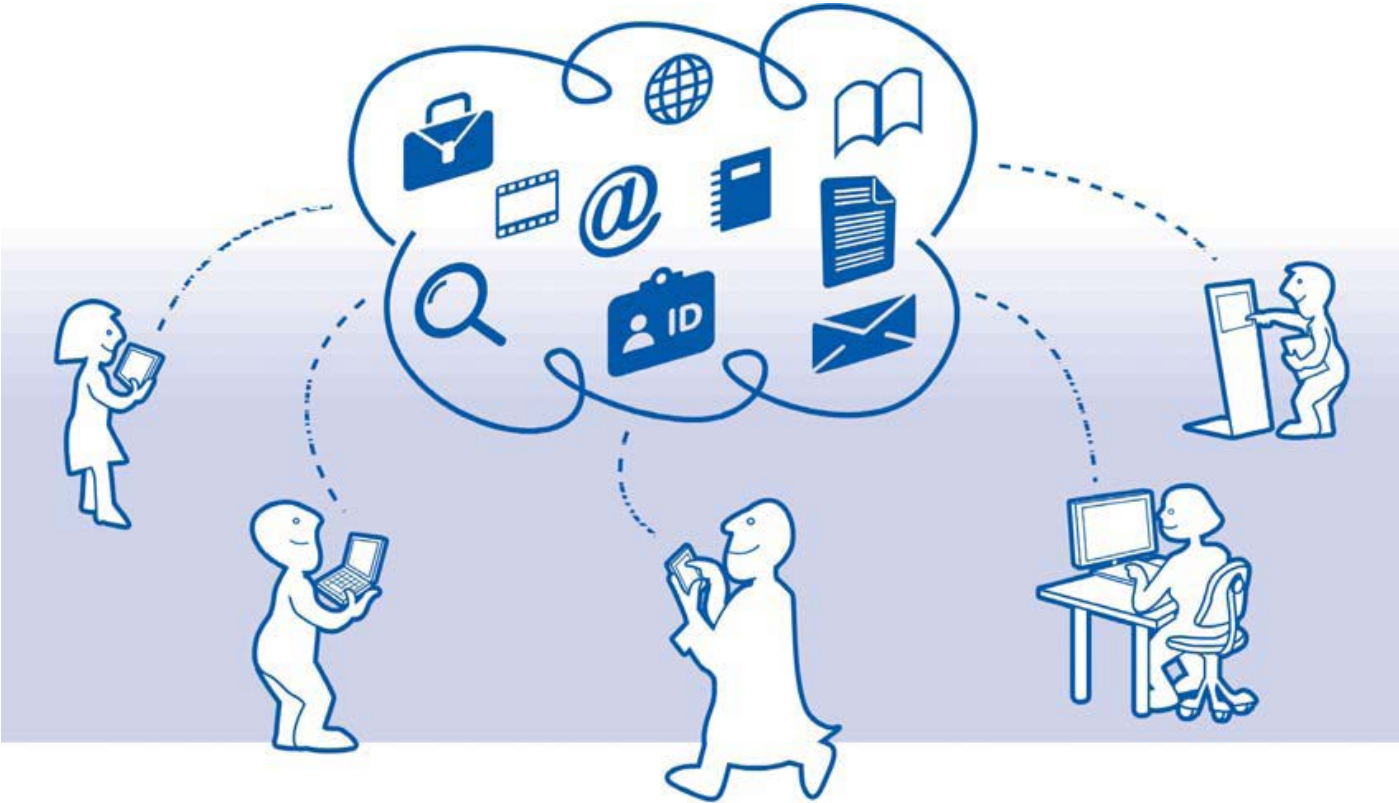
OLSWANG



"un modelo de prestación de servicios tecnológicos que permite el acceso bajo demanda y a través de la red a un conjunto de recursos compartidos y configurables (como redes, servidores, capacidad de almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente asignados y liberados con una mínima gestión por parte del proveedor de servicios". (APD/NIST)

- De licencias de software, a servicios de software (**SaaS**)
- **Multidispositivo**: cada vez más usuarios utilizan distintos terminales para realizar sus tareas privadas y profesionales.

Cloud computing



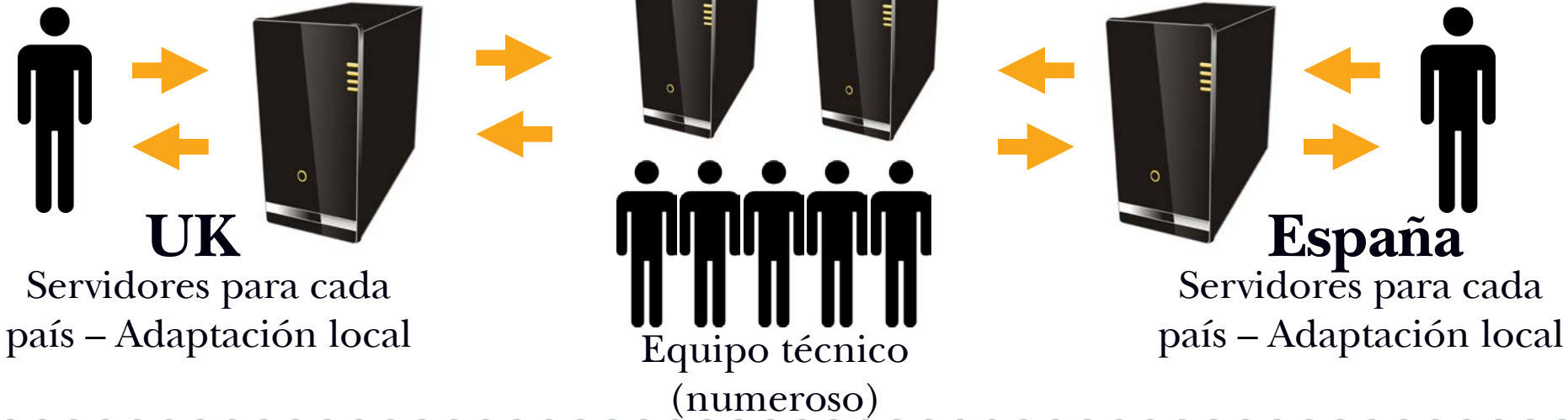
- Simplificando, es un fenómeno de **economías de escala** en el almacenamiento de datos y provisión de servicios informáticos. Muchos más servicios y más posibilidades de gestión de los datos almacenados.
- Economías de escala que justifican el nivel de penetración en las empresas en España, que según datos de distintas fuentes anticipan que **a final de 2013, el 50%** de las empresas en España disfrutarán de estos servicios.
- La **Comisión Europea** ha incluido la nube como una prioridad en la Agenda digital.
- La capacidad de los ordenadores se traslada a la nube: es necesario analizar qué **cambios y desafíos** añade para las empresas que se unen a este tipo de modelo de gestión de los recursos informáticos.

- Pérdida de **control sobre la información** (modelos público o externalizados)
- Falta de **transparencia/información** sobre la gestión del servicio /tratamiento de datos (múltiples encargados, subcontratos, ubicación/acceso a datos)
- **Interoperabilidad** entre los distintos proveedores (necesidad de estándares).
- **Circulación de datos** entre diferentes proveedores de servicios / "**portabilidad** de los datos" entre diferentes proveedores (data y metadata).
- **Seguridad** de los datos (pérdida de información, ataques, insolvencia).
- **Ley aplicable.** Riesgo normativo (transferencias internacionales a países- fuera del EEE- sin "un nivel de protección adecuado").
- **Identificación de responsabilidades** en los distintos agentes de la cadena.
- **Garantías contractuales suficientes:** disponibilidad del servicio, recuperación de la información tras siniestros, mantenimiento, *upgrades* o mejoras, capacidad, seguridad y control de la información, cumplimiento normativo.

- http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2012-0157_ESPECIALISTAS-CL-AA-USULAS-CONTRACTUALES-EN-CLOUD-COMPUTING..pdf
- http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/junio/informe_CLOUD.pdf
- http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_en.pdf

Sign up to the www.datonomy.eu blog for regular updates on data protection law and practice

Antes...



.. con la Nube



Desde el punto de vista de RH...

OLSWANG

Let's switch to English, apologies

- **What is the challenge and opportunity for HR functions?**
- **Can popular HCM SaaS solutions address compliance risks?**

Trabajo en remoto – Navegar por el laberinto legal

Daniel Cifuentes
Socio, Olswang LLP

OLSWANG



Situación España

- Tasas crecimiento inferiores Europa (11% vs. 34% Alemania)
- España 26% opciones de teletrabajar vs. 38% Europa
- 84% trabajadores españoles no realizan ninguna práctica de teletrabajo vs. 35% Europa
- 57% si les gustaría tener la opción del teletrabajo

Razones de un fracaso

- Imposibilidad de imposición unilateral por el empresario
- Desconfianza tradicional de empresario
- No fomento por los sindicatos
- Rigidez normativa y formalismos (ej. Prevención de riesgos)
- Falta de seguridad en el tratamiento de la información
- Carácter social de los españoles
- “Miedo” al aislamiento

- Acuerdo Europeo para la regulación del teletrabajo (2002)
- Nueva regulación tras la reforma
 - ✓ De “trabajo a domicilio” a “trabajo a distancia”
 - ✓ Garantía de mismos derechos que trabajadores presenciales (retribución y formación)
 - ✓ Supresión visado administrativo
 - ✓ Adscripción a un centro de trabajo a efectos de ejercicio de derechos colectivos
 - ✓ Posibilidad de trabajo presencial y a domicilio en forma alternativa

¿Cómo debe ser mi política de trabajo a distancia?

- Ámbito de horas a distancia y horas presenciales
- Equipo
- Gastos
- Seguridad
- Flexibilidad
 - ✓ Periodo de prueba
 - ✓ Modificación de ámbito
 - ✓ Objetivos
 - ✓ Cancelación

¿Futuro?

Yahoo! acaba con el teletrabajo

(El País, 27 de febrero de 2013)

- http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/02/27/actualidad/1361960034_468354.html

Información adicional

OLSWANG



Acceso a las redes sociales e internet en el ámbito profesional

OLSWANG

- Según Optenet, empresa especializada en el filtraje de contenidos online, el 39% de las consultas en horario de trabajo son ajenas a la actividad profesional.
- El acceso a internet o redes sociales durante la jornada laboral **no se encuentra específicamente regulada**.
- Las pautas legales son genéricas (i) el deber de buena fe, (ii) el deber de obediencia y (iii) respeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos.

¿Puede un trabajador acceder, durante su jornada laboral, a las redes sociales e internet para fines privados?

- El acceso a páginas de carácter privado por parte de los trabajadores, usando para ello las herramientas facilitadas por el empresario, se ha convertido, según el TS, en un uso social.
- Su uso debe ser, en principio, moderado y no abusivo.
- El empresario deberá regular, en todo caso, su uso a través de unas políticas de uso específicas.

¿Qué medidas puede adoptar el empresario?

- El art. 20.3 del ET señala que el empresario podrá: *“adoptar las medidas que considere más oportunas de vigilancia y control para que el trabajador cumpla sus obligaciones y deberes laborales.”*
- No son de aplicación los requisitos del art. 18 del ET.
- El art. 197 del Código Penal: consentimiento de los trabajadores para acceder a sus archivos y comunicaciones.
- **Colisión de derechos:**
 - ✓ Colisionan los intereses del empleado: derecho a la intimidad – secreto de las comunicaciones contra intereses del empresario: control y libertad empresarial.

Acceso a las redes sociales e Internet en el ámbito profesional

OLSWANG

- El empresario que quiera limitar el acceso privado a internet y las redes sociales durante la jornada laboral deberá:
 - ✓ Implementar políticas sobre el uso de las herramientas facilitadas.
 - ✓ Realizar advertencias al trabajador que desoiga las órdenes.
 - ✓ Enviar políticas sobre el control y acceso remoto a las herramientas empresariales.

- **Tribunal Supremo, 8 de marzo de 2011 (recoge doctrina de la STS de 26/09/07):** El empresario puede controlar el uso de las herramientas proporcionadas a sus trabajadores con los siguientes límites:
 - ✓ Respetar la dignidad del trabajador, es decir, debe guardar la consideración debida al trabajador.
 - ✓ La empresa debe fijar las “normas del juego”. Se requiere la previa implementación de las políticas de uso de las herramientas facilitadas y el control que de éstas se pueda realizar. Se elimina la expectativa de privacidad.
 - ✓ Las instrucciones y controles no pueden ser discrecionales y deben afectar a la totalidad de la empresa (con las diferencias propias derivadas de las funciones de cada puesto).

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de febrero de 2011.** Se declara la procedencia del despido del informático que estuvo visitando páginas web y redes sociales (carácter privado) mediante el servidor de un cliente de la empresa. Ésta no disponía de políticas internas de uso de herramientas pero en cada acceso a dichas páginas y redes sociales aparecía un cortafuegos que le indicaba que el acceso estaba prohibido.
- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2011.** Se declara la improcedencia del despido de un trabajador que visitaba páginas web de carácter personal durante la jornada laboral. El Tribunal declara que la conducta no revestía de gravedad suficiente y que la empresa no había hechos advertencias previas sobre posibles restricciones en el uso de las herramientas de trabajo ni sobre un posible control.

- **STC, de 17 de diciembre de 2012:** 2 trabajadoras son amonestadas verbalmente al instalar un chat en un ordenador de la empresa (de acceso general) y mantener conversaciones en las que critican a sus compañeros. La amonestación se realizó delante de otros compañeros leyendo las conversaciones. El Tribunal entendió que no había intromisión en sus derechos dado que:
 - i) El ordenador era de la empresa y de acceso general por lo que las conversaciones eran públicas.
 - (ii) No hay expectativa de privacidad al utilizar un ordenador público.
 - (iii) La empresa puede establecer establecer códigos de conducta y de uso de las herramientas proporcionadas y también controlar si el uso respeta estas directrices o no y, en este caso particular, el uso no estaba autorizado.

Desde un punto de vista de Protección de Datos

OLSWANG

- La Agencia Española de Protección de Datos, en su “Guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales” ha seguido un criterio similar al del Tribunal Supremo.
- No hay infracción normativa en materia de protección de datos si el empresario ha dado a conocer al trabajador estos extremos con carácter previo.

- Como hemos visto, la existencia de una política empresarial sobre el uso y control de las herramientas electrónicas corporativas es un elemento indispensable y necesario para poder llevar a cabo posteriores registros. La política de uso y control de las herramientas debería informar, entre otras cosas, de los siguientes extremos:
 - ✓ las herramientas son propiedad de la empresa,
 - ✓ el uso que se les puede dar y en qué términos,
 - ✓ las concretas consecuencias en caso de incumplimiento de las anteriores,
 - ✓ el posible control y acceso en remoto junto con sus condiciones, y
 - ✓ Si se va a poder investigar el ordenador de un empleado cuando existan sospechas de que ha vulnerado la política de uso o ha infringido sus deberes contractuales.

Asimismo, la empresa debe recoger el consentimiento de los trabajadores.

¿Puede un trabajador expresar su opinión en redes sociales o foros?

OLSWANG

- En los últimos años, se ha generalizado el uso de las redes sociales y los blogs.
- En principio, los comentarios y opiniones publicadas por los trabajadores están amparadas en el ejercicio de sus derechos de información y de libertad de expresión.
- **¿Se puede usar como prueba aquello que los trabajadores publican en sus redes sociales?**
- **¿Puede un trabajador criticar a su empresa dañando de ese modo la imagen y la reputación de ésta?**

- **Sentencia del TSJ de Madrid, 25 de mayo de 2011:** el empleador reconoció la improcedencia del despido y la sentencia no analiza si el comentario realizado por el trabajador es merecedor de la máxima sanción. Sin embargo, la sentencia resulta relevante ya que por primera vez se analiza la posibilidad de sancionar a un empleado por hacer constar en su perfil de Facebook, un comentario ofensivo para su empleador – en concreto, en el apartado de “formación y empleo” puso *“Fuck easyjet”*.
- **Sentencia del TSJ de Madrid, 30 de marzo de 2012:** un empleado de Fotoprix es despedido al relatar una anécdota con un cliente (sin identificarlo). El tribunal considera que dicha publicación no reviste de la suficiente gravedad como para despedir al trabajador.
- **Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 21 de abril de 2010:** Se declara la procedencia del despido de un trabajador que hizo comentarios agresivos contra uno de sus superiores en su blog.

- Los Tribunales consideran que la prueba obtenida por los empleadores de sus trabajadores a través de las redes sociales y/o blogs es válida para adoptar medidas disciplinarias contra ellos. Los Tribunales no hacen mención, todavía, al establecimiento de políticas que regulen estas manifestaciones ni el uso de las redes sociales o blogs.
- **Sentencia del TSJ de Madrid, de 23 de enero de 2012:** se declara la procedencia del despido por quebranto de la buena fe del trabajador que estando en IT por depresión cuelga fotos en Facebook de sus salidas nocturnas.
- **Sentencia del TSJ de Madrid, de 28 de mayo de 2012:** se declara la procedencia del despido por quebranto de la buena de una trabajadora que estando en IT trabaja en otro negocio. Es la propia trabajadora la que publica en facebook los hechos.

- La última tendencia permite que los trabajadores se conecten a la red corporativa a través de dispositivos privados.
- Según un estudio, el 73% de las empresas tienen herramientas que acceden a su red corporativa y que no están controladas por sus departamentos de IT.
- Para que las empresas tengan “cierto control” lo adecuado es que los trabajadores almacenen los datos en la “nube” de la empresa.
- **¿Pueden caparse los accesos a través de esos dispositivos?
¿Monitorizarlos?**
- Establecimiento de políticas de uso y control de los datos.

- **Smith -v- Trafford Housing Trust:** El Sr. Smith es sancionado disciplinariamente por una serie de comentarios realizados en su página relativos a una noticia publicada por la BBC sobre la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo por la iglesia. El Alto Tribunal considera que debe primar el derecho de expresión.
- **Novak -v- Phones4U:** La empresa Phonedoc contrato al Sr. Novak Kravitz como blogger. El Sr. Kravitz empleaba tanto una cuenta de Twitter corporativa como otra personal (@Phonedog_Noah), una vez que deja la empresa sigue twitteando. Phonedog demanda al Sr. Kravitz por pérdida de ingresos relativos a la publicidad y por un incumplimiento del deber de confidencialidad. El tribunal considera que al no haber una política escrita la demanda no puede prosperar.

- El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo lo define como (i) una forma de organización del trabajo, o (ii) una forma de realización del trabajo.
- En ambos casos: (i) utilizando las tecnologías de la información, (ii) en el marco de un contrato de trabajo o de una relación de trabajo, y (iii) para un trabajo que, aunque puede ser desarrollado en los locales de la empresa, se efectúa fuera de estos de manera regular.
- En España se encuentra regulado en el art. 13 del ET que dispone que: “Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.
- En principio, como regla general, el teletrabajo nació para que haya una flexibilidad de la jornada.

- **¿Cuáles son las principales características del teletrabajo?**
 - ✓ No existe el derecho al teletrabajo ni la obligación.
 - ✓ El acuerdo de teletrabajo debe ser por escrito.
 - ✓ Los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos que los trabajadores que acuden al centro de trabajo de la empresa.
 - ✓ El empresario debe proporcionar los medios necesarios para la prestación laboral.
 - ✓ El empresario debe cumplir con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
 - ✓ Los teletrabajadores pueden ejercer los derechos de representación colectiva.

- **Tribunal Supremo, 11 de abril de 2005:** No puede haber acuerdo por el que el trabajador acepte el trabajo a domicilio, convirtiendo éste en una oficina virtual. No puede ser obligatoria dicha aceptación ni mediante la negociación colectiva (acuerdo entre las partes), ni establecerse con base al art. 41 del ET.
- **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 5 de febrero de 2002:** se trata de una operadora de telemarketing que prestaba servicios desde su domicilio atendiendo las llamadas previamente seleccionadas y desviadas por la empresa. Existía un contrato verbal que la empresa pretende convertir en relación mercantil para afianzar la condición de autónoma de la teleoperadora, hecho que provoca la impugnación por parte de la trabajador aduciendo despido tácito. La Sala estima la existencia de relación laboral, pues había: (i) prestación personal, (ii) ajenidad (la empresa escucha y graba las conversaciones para comprobar la sujeción en todo momento a sus normas y a su código ético), y (iii) dependencia.

¿Cuál es su situación?

For more information
please contact:

Daniel Cifuentes Mateos

+34 91 187 1920

daniel.cifuentes@olswang.com

Blanca Escribano

+34 91 187 1920

blanca.escribano@olswang.com

Dominic Dryden

+44 7841 568389

dominic.dryden@olswang.com