

Aplicaciones móviles para combatir la COVID-19



SONSOLÉS
SÁNCHEZ

Abogada de ECIJA



FRANCISCO
CANTUESO

Abogado de ECIJA

ECIJA

Las aplicaciones móviles pueden ser instrumentos de gran utilidad para contener la pandemia provocada por la COVID-19. No obstante, su uso plantea una serie de interrogantes a nivel jurídico, que consideramos conveniente dar respuesta, tomando en consideración los recientes pronunciamientos de las autoridades europeas. A continuación, enumeramos las cuestiones que pretendemos abordar en este artículo: 1) aplicabilidad de los derechos fundamentales; 2) establecimiento de garantías relativas a la privacidad; 3) posible consideración de producto sanitario.

En primer lugar, las funcionalidades incluidas en las aplicaciones pueden suponer una injerencia en la intimidad de las personas, así como un impacto en su privacidad, afectando a derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De conformidad con esta última, las limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales

deberán ser establecidas por ley y en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad y necesidad.

En el caso particular de España, la actual situación de estado de alarma no habilita a las autoridades a la suspensión de los derechos fundamentales, –ni siquiera una eventual declaración de estado de excepción– relativos a la dignidad humana, el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –art. 18.1 Constitución Española–, ni tampoco, a la protección de datos –art.18.4 Constitución Española–.

En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD): «con carácter general, debe aclararse que la normativa de protección de datos personales, en tanto que, dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada» –Informe 2020/0017–.

Análisis de las garantías que deberán adoptarse

Sentado lo anterior, y partiendo de la plena aplicabilidad del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (RGPD), así como de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD), procederemos a analizar las garantías que deberán adoptarse para proteger la privacidad de las personas. En este sentido, traemos a colación una serie de orientaciones y recomendaciones recientes, emitidas por la Comisión Europea –cuyo objetivo es ofrecer un enfoque coherente–, sobre los requerimientos que deben cumplir las aplicaciones móviles en lo referente a la protección de datos. Sus orientaciones están dirigidas a los Estados miembros que tengan a bien utilizar aplicaciones con funcionalidades relativas a la telemedicina, autoevaluación, así como, el rastreo de contactos y de alerta. A continuación,

En el caso particular de España, la actual situación de estado de alarma no habilita a las autoridades a la suspensión de los derechos fundamentales

Es posible que estas aplicaciones utilicen algún tipo de dispositivo tecnológico que pudiera llegar a ser calificado de producto sanitario

presentamos sus principales recomendaciones:

- (i) **Garantizar que las autoridades sanitarias nacionales sean las responsables de determinar los fines y medios del tratamiento de datos**, sin perder de vista el papel esencial de las empresas privadas (proveedores de telecomunicaciones y las principales plataformas tecnológicas) en la facilitación de datos de localización de forma anonimizada.
- (ii) **Garantizar al usuario el control sobre sus datos**. La Comisión defiende el carácter voluntario de las aplicaciones, así como su inmediata desinstalación una vez contralada la pandemia.
- (iii) **Describir la base de legitimación adecuada para tratar los datos**. La Comisión propone el consentimiento o la legislación nacional promulgada específicamente para luchar contra el COVID-19, como bases legales apropiadas.
- (iv) Prestar especial atención a los principios del RGPD relativos a: **minimización de datos, limitación de la finalidad y exactitud**, aconsejando el uso de tecnologías que permitan una evaluación más precisa del contacto –por ejemplo, Bluetooth–.
- (v) **Limitar el acceso a los datos y a su divulgación**.

(vi) **Establecer límites estrictos al almacenamiento de datos**.

- (vii) **Garantizar la seguridad de los datos. La Comisión recomienda que éstos se almacenen en el dispositivo terminal del usuario de forma cifrada**. En cuanto a la recogida de datos de proximidad, se recomienda su seudonimización, así como, el uso de identificadores temporales.
- (viii) **Involucrar a las autoridades de protección de datos**.
- (ix) **Realizar una evaluación de impacto sobre el tratamiento de datos**, habida cuenta de la existencia de tratamientos a gran escala de categorías especiales de datos.

Por su parte, el Supervisor Europeo de Protección de Datos respecto a la tecnología utilizada, se pronuncia en el mismo sentido que la Comisión considerando que, el uso de identificadores temporales de transmisión y de la tecnología bluetooth para el rastreo de contactos parece ser una vía útil para lograr la protección de la intimidad y de los datos personales de manera eficaz.

En tercer y último lugar, es posible que estas aplicaciones utilicen algún tipo de dispositivo tecnológico que pudiera llegar a ser calificado de producto sanitario, de conformidad con la Directiva 93/42/CEE o el Reglamento

(UE) 2017/745. En estos casos, cuando las aplicaciones estén destinadas, específicamente por el fabricante, a una o varias de las finalidades médicas –relativas al diagnóstico, predicción, pronóstico, prevención, seguimiento, tratamiento o alivio de una enfermedad–, aquellas tendrán la calificación de productos sanitarios. No obstante lo anterior, las aplicaciones para usos generales que son utilizadas en el marco de la asistencia sanitaria no tendrían esa calificación.

Por consiguiente, resultará esencial identificar la finalidad del software, así como, el modo de acción de este para determinar la aplicabilidad del marco regulatorio de los productos sanitarios.

Debe ofrecer garantías legales suficientes

Para concluir, consideramos que el diseño y uso de estas aplicaciones debe ofrecer garantías legales suficientes, no solo a los efectos de cumplir con la normativa precitada, sino también de transmitir un grado de confianza a la ciudadanía suficientemente elevado, para que ésta tenga la certeza de que la instalación y uso de las aplicaciones no suponga una vulneración de sus derechos. El éxito de las medidas pretendidas dependerá, en gran parte, de la utilización masiva de las aplicaciones.

Buen Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social Corporativa durante la crisis sanitaria del COVID-19



JOSÉ IGNACIO
OLLEROS

Socio de Andersen Tax & Legal

ANDERSEN
& LEGAL.

En la actual crisis del Covid-19 cobra especial importancia el cumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores, lo que lleva consigo la observancia de las mejores prácticas de buen Gobierno Corporativo que deben ser especialmente observadas en estos momentos en la defensa del principal activo de la empresa que es crucial proteger: la salud de los trabajadores.

Entre las recomendaciones a adoptar destaca, en primer lugar, la adopción de medidas encaminadas a asegurar la eficiencia económica de la sociedad, con el fin de promover precisamente el beneficio y su continuidad a largo plazo. Es evidente que la ampliación de los plazos para la formulación y auditoría de cuentas previstas en el RDL 8/2020 son una oportunidad a disposición de los administradores para reflexionar y rectificar, en su caso, el acuerdo inicialmente previsto sobre distribución de resultados que final-

mente adopte la Junta General de la sociedad en atención a las circunstancias económicas actuales y las previsiones para el futuro. Asimismo, el efecto del Covid-19 como «hecho contable posterior al cierre» del ejercicio 2019 es de suficiente importancia como para que su existencia, así como las consecuencias que puedan derivarse del mismo, se recojan en la memoria, en el informe de gestión y en el estado de información no financiera.

Otra medida de eficiencia económica que deberá ser tenida muy en cuenta en aras a una gestión adecuada, transparente, solidaria y ética de las sociedades es la relativa a la contención de la remuneración de los administradores de la Sociedad. Recordemos que el artículo 217.4 de la LSC obliga a que dicha remuneración guarde una proporción razonable con la situación económica de la empresa y tome en consideración la sostenibilidad a largo plazo de la sociedad.

Reforzar los procedimientos adecuados

En segundo lugar, destaco la importancia de reforzar los procedimientos adecuados de toma de decisiones de los administradores, que deberán poner todo su celo en la dedicación adecuada y adopción de las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Para ello, estarán obligados a exigir y el derecho de recabar de la sociedad, o de asesores externos, la información adecuada y necesaria que les sirva para el cumplimiento de sus obligaciones. Ante una situación tan extraordinaria e impre-

decible como la actual será necesario aumentar el número de las reuniones del Órgano de Administración sin atenderse a la frecuencia mínima de reuniones trimestrales prevista en la LSC. También, por extensión, el incremento de las reuniones de los distintos comités o grupos de trabajo que dependan del Órgano de Administración, lo que debe servir para ampliar la base de participación en la toma de decisiones. Cuantas más personas se involucren en los planes de acción que establezca el Órgano de Administración mayor serán la motivación y entusiasmo en su aceptación y seguimiento por toda la empresa.

La nueva normativa aprobada recientemente por el artículo 40 del RDL 8/2020 arroja posibilidades de celebración de reuniones por videoconferencia o conferencia múltiple aunque los Estatutos no lo hubieran previsto; tal vez esto obligue a muchas empresas a tener reuniones más eficaces que antes. Estos medios telemáticos serán sin duda valiosos para reforzar la toma de decisiones y para «cerrar» con mayor rapidez la aprobación y firma de las actas y dotar de una mayor trazabilidad y constancia de los acuerdos decisivos que se adopten.

¿Podremos salir fortalecidos de esta crisis? Seamos optimistas: esta situación está obligando a tomar decisiones bajo una gran incertidumbre, lo que conferirá a los directivos nuevas capacidades y una experiencia que será muy valiosa en el futuro. No será fácil tomar decisiones sin asumir riesgos, pero no olvidemos que la LSC confiere cierta inmunidad a las decisiones que adopten discrecionalmente los conse-

Un buen Gobierno Corporativo es el que prioriza, por encima del interés del socio, el de la Sociedad entendido de forma amplia

jeros siempre que se tomen sin interés personal, con información suficiente y siguiendo un procedimiento adecuado para proteger el interés social.

Esta crisis también puede constituir un reforzamiento de la ética empresarial que deben perseguir los directivos de las empresas primando siempre el bien mayor o el menor mal posible ante los dilemas morales a los que tengan que enfrentarse en distintos ámbitos (situaciones de insolvencia, expedientes laborales de crisis, etc). Los que toman la decisión deberían ponerse siempre en el lugar de la persona que pueda verse perjudicada por las medidas a adoptar. El estado de información no financiera puede ser un instrumento más que idóneo para que los *stakeholders* puedan juzgar la efectiva asunción por la empresa de los valores de ética empresarial y las políticas de Responsabilidad Social Corporativa.

El interés de la Sociedad como prioridad

Finalmente, no olvidemos que un buen Gobierno Corporativo es el que prioriza, por encima del interés del socio, el interés de la Sociedad entendido de forma amplia (clientes, proveedores, trabajadores, comunidades educativas, centros de investigación y ONGs), lo

que llevará consigo la adopción de políticas, cada vez más consistentes, de Responsabilidad Social Corporativa, de integración activa y voluntaria por las empresas de las políticas solidarias de mejora social, ya se trate de una gran empresa cotizada o una pequeña PYME del sector de la alimentación que quiera canalizar sus excedentes con fines sociales. La asunción de dichas políticas no debe ser considerada como un gasto, sino como medidas que redundarán en la buena reputación de la empresa y en la confianza que los stakeholders estarán poniendo en ella y un mensaje subliminal potente que se estará enviando al mercado: que la empresa está trabajando a largo plazo.

Hago mías las recientes palabras del Director General de una gran multinacional para afirmar que no debería ser descabellado que una sociedad someta a la aprobación de la Junta General unas cuentas anuales con resultados económicos estables, o incluso decrecientes frente al año anterior, si se ha beneficiado a capas más amplias de la sociedad. Antes de la pandemia podría parecer utópico pero las circunstancias actuales van a posibilitar hacer un «reset» al sistema. Pues, como afirmaba Robert Bosch, «Siempre será mejor perder dinero que perder confianza».