

tratamiento consistente exclusivamente en la mera reproducción o emisión de imágenes en tiempo real.

Esta solución resulta coherente con la posición adoptada por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 24 de enero de 2003, que consideró que la recogida y grabación de imágenes (así como su emisión a través de Internet) es un tratamiento de datos, aunque no queden registradas en archivo alguno: *«el hecho de que las imágenes cambien cada quince segundos y no queden guardadas ni registradas en archivo alguno no excluye la existencia de tratamiento de datos —pues la definición del artículo 3.c/ de la Ley Orgánica 15/1999 no exige la conservación de los datos—»*.

Vinculada al cumplimiento de la obligación de inscribir los ficheros de videovigilancia se encuentra la disposición transitoria de la Instrucción 1/2006. En efecto, únicamente los responsables de ficheros de videovigilancia ya inscritos en el Registro General de la AEPD dispondrán de un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Instrucción 1/2006 para adoptar las medidas previstas respecto del cumplimiento del deber de información y la prohibición de que los sistemas de videovigilancia en espacios privados no obtengan imágenes de espacios públicos.

Conclusión: ¿un nuevo marco para la videovigilancia?

La Instrucción 1/2006 no constituye un nuevo marco regulador de la videovigilancia, seguramente porque no podía pretenderlo ya que no todas las cuestiones que plantea la sociedad del «Gran Hermano» se enmarcan o se agotan en la normativa de protección de datos.

Sin perjuicio de que hubiera sido sin duda deseable que la cuestión esencial de la legitimidad del tratamiento se tratara específicamente y no se limitara a recordar los principios generales de la LOPD, la Instrucción 1/2006 tiene la virtud de arrojar luz sobre cómo cumplir algunas de las obligaciones más importantes de tal normativa: el deber de información, mediante un distintivo modelo en las zonas videovigiladas e impresos a disposición de los interesados; el deber de notificar un fichero de «videovigilancia» (al menos en cuanto a clarificar que se excluye del concepto de fichero al circuito cerrado de televisión que consiste exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real) y al establecimiento de un plazo (1 mes) para el cumplimiento del deber de cancelación de los datos personales.

CECILIA ÁLVAREZ RIGAUDIAS (*)

(*) Abogado especialista en protección de datos personales del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

ENFERMEDADES PROFESIONALES. NUEVOS CRITERIOS PARA SU NOTIFICACIÓN Y REGISTRO. NOVEDADES EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Introducción: recientes modificaciones legislativas

Dos normas recientes vienen a modificar la regulación legal de las enfermedades profesionales en España. En primer lugar, el Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre (RD 1299/2006), que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007, aprueba un nuevo cuadro de enfermedades profesionales y modifica los criterios mantenidos hasta ahora para su notificación y registro. En segundo lugar, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (Ley 42/2006), modifica la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentados de trabajo y enfermedades profesionales.

El nuevo cuadro de enfermedades profesionales

El legislador español optó en el artículo 116 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) por un «sistema de lista» para la determinación de enfermedades profesionales; de este modo se estableció *que se entenderá por enfermedad profesional la contraída como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro en que se apruebe por las disposiciones de aplicación y disposiciones de esta ley*. Por lo tanto la LGSS exige para considerar una enfermedad como profesional, que la misma sea causa directa del trabajo por cuenta ajena realizado, que se encuentre enumerada en una lista de enfermedades, y que se haya producido por actividades y elementos referenciados en la lista de enfermedades profesionales.

Hasta la reforma operada por el RD 1299/2006, la regulación en esta materia venía establecida por el Real Decreto de 1978 de 12 de mayo de enfermedades profesionales, que vino a trasponer la lista propuesta por la OIT en 1962 y 1966. Dicha lista se visto excepcionalmente modificada (por ejemplo por el RD 2821/1981 de 27 de noviembre que, en cumplimiento del convenio 42 de la OIT, incorporó alguna enfermedad nueva). Es decir, que en los últimos 30 años la lista de enfermedades profesionales no se ha modificado sustancialmente, ni adaptado a las enfermedades que se han ido conociendo. En este sentido el RD 1299/2006, siguiendo la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de

19 de septiembre de 2003 (*Recomendación*), recuerda la necesidad de adaptar la lista de enfermedades profesionales a la realidad productiva actual, y pone de manifiesto la necesidad de que la lista reproduzca la lista europea, teniendo en cuenta los nuevos procesos productivos y de organización.

En cuanto a su contenido, el RD 1299/2006 sigue la Recomendación y establece la necesidad de elaborar dos listas de enfermedades profesionales; la primera, que comprendería las enfermedades profesionales como tales reconocidas y, una segunda lista complementaria comprensiva de aquellas enfermedades cuyo origen se sospecha puede ser profesional. Ambas listas incorporan un sistema identificativo compuesto por distintos factores de agrupación (grupo, agente, subagente, actividad y código) que servirán para determinar e individualizar cada una de las enfermedades profesionales resultantes, y que probablemente en la práctica exigirá un nivel mayor de concreción por parte de los facultativos para determinar las enfermedades y tramitar los partes.

Finalmente, y en relación con la inclusión de futuras enfermedades profesionales que puedan irse produciendo, el artículo 2 del RD 1299/2006 prevé específicamente la actualización del cuadro de enfermedades, que se realizará siempre por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, distinguiendo, entre aquellas que se incorporen a la lista europea, que sólo necesitarán del informe previo del Ministerio de Sanidad y Consumo, del resto de enfermedades que necesitarán también del informe de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Debemos recordar no obstante que pese a contemplarse en el propio artículo 116 de la LGSS un sistema de actualización similar de la lista, han sido necesarios (salvo pequeñas incorporaciones) casi treinta años para que se procediese a la actualización.

Nuevos criterios de notificación y registro

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, y del largo intervalo de tiempo transcurrido hasta la actualización del contenido de la lista, es quizás en el ámbito de la notificación y registro de las enfermedades profesionales, donde se introducen las modificaciones más importantes en el RD 1299/2006.

El artículo 4 del RD 1299/2006 traslada de las empresas a las entidades gestoras y colaboradoras (mutuas de accidentes) que asuman la protección de las contingencias profesionales, la obligación de tramitar y elaborar los partes de enfermedades pro-

fesionales. En relación con este punto la Disposición Adicional Primera del citado texto legal establece la obligación por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de aprobar un nuevo parte de enfermedad profesional (que ya se ha realizado), así como la regularización de un procedimiento para su tramitación y transmisión por medios electrónicos, de manera que quede garantizada la fluidez de información.

El hecho de que la obligación de notificar recaiga ahora en las mutuas y las entidades gestoras supone reducir de forma sustancial los agentes desde donde se puede iniciar la notificación (antes todas y cada una de las empresas, ahora solo las mutuas o entidades gestoras), contar con una cualificación más alta en origen, (al ocuparse de la tramitación de los partes -en los que debe describirse con exactitud todo el sistema de códigos identificativos establecidos en la lista de enfermedades profesionales- las mutuas que tienen, lógicamente, un grado más alto de conocimiento de estas cuestiones), así como dar mayor agilidad y eficacia al sistema. Es quizás en este último punto donde, una vez resueltos los problemas iniciales que el establecimiento del sistema informático de comunicación pueda generar, se produzcan los mejores resultados al facilitarse en tiempo real la notificación de las enfermedades profesionales.

Finalmente, y en relación con el RD 1299/2006, se ha de manifestar que no se modifican los sistemas de calificación de las enfermedades como profesionales; esta calificación continúa correspondiendo a la entidad gestora respectiva, así como la determinación del carácter profesional de la enfermedad respecto de los trabajadores que no se encuentren en situación de alta.

La nueva tarifa de cotización, notificación y registro de las enfermedades profesionales y de accidentes de trabajo

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/2006 (*Disposición Adicional Cuarta*) modifica la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, aprobando una nueva tarifa que modifica la cotización de forma sustancial.

Hasta la modificación operada por la Ley 42/2006, el sistema de cotización establecido lo era función de 131 epígrafes, que se correspondían tanto con la actividad de la empresa, como con la actividad que cada trabajador desarrollaba en dicha empresa. De esta forma, se «enquadra» a cada trabajador en

un epígrafe determinado, que resultaba más caro en función del mayor o menor riesgo que revestía la actividad profesional que fuera a realizar. Así el personal de oficina por ejemplo, tenía un epígrafe «más económico» por la menor presencia de riesgos profesionales en su actividad, mientras que un peón era encuadrado en un epígrafe «más caro» por asumir un nivel de riesgo superior, y tener por tanto más posibilidades de ser beneficiario en el futuro de prestaciones derivadas de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo. Se realizaba por tanto en cada empresa un análisis pormenorizado de todos los puestos de trabajo para subsumirlos en los 131 epígrafes de cotización.

La Disposición Adicional Cuarta pretende sin embargo con carácter general, la existencia de un única tarifa de cotización por cada una de las empresas en función de su correspondiente actividad económica, según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), y no ya en función de la actividad que cada trabajador realiza en la empresa. Se incluye en la misma Disposición Adicional Cuarta un cuadro -Cuadro I- con todos los códigos CNAE y títulos de la actividad económica con las tarifas correspondientes para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Este cambio supone en la práctica incrementar sustancialmente en la mayoría de los supuestos la recaudación de la Seguridad Social por la cotización derivada de enfermedad profesional y accidentes de trabajo. Pensemos por ejemplo en el caso de una empresa dedicada a la producción con 50 trabajadores, de los cuales 15 realizan funciones de oficina, 5 son comerciales y los otros 30 se dedican a tareas de producción; de acuerdo con el contenido de esta Disposición Adicional Cuarta, en principio y salvo las excepciones a las que nos referiremos a continuación, todos los trabajadores (y no solo los 30 dedicados a producción de forma directa) estarían encuadrados en la misma tarifa de cotización, correspondiente normalmente con la actividad de más riesgo y por lo tanto mucho más cara para las empresas.

Excepciones a la nueva regla general de cotización por enfermedades profesionales y accidentes de trabajo

Las discrepancias suscitadas desde diversos sectores empresariales por estas modificaciones, han llevado al legislador a menguar las exigencias iniciales de la norma, previendo una suerte de régimen transitorio

articulado mediante una serie de excepciones relacionadas en el apartado dos, regla segunda, de la Disposición Adicional Cuarta.

La primera excepción permite contar con un segundo código de cotización cuando la empresa realice una actividad secundaria a la principal, así el referido apartado dos, regla segunda, de la Disposición Adicional Cuarta establece que para el caso de que *en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deban ser consideradas auxiliares respecto de aquélla, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal. Si la actividad principal de la empresa concurre con otra que implica la producción de bienes o servicios que no se integran en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable con respecto a los trabajadores ocupados en esta otra actividad, será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrada.* Según el clausulado de la Ley 42/2006 se considerará por tanto que existe actividad secundaria cuando la empresa realice una actividad secundaria a la principal, que disponga de sus propios medios productivos. ¿Quién y en base a qué criterios determinará que existe una actividad secundaria? La regla tercera de la Disposición Adicional Cuarta establece que será, en todo caso, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la encargada de determinar el tipo de cotización aplicable en función de la actividad económica declarada por la empresa (o, en su caso, por las ocupaciones o situaciones de los trabajadores, situación que abordaremos más adelante). En algunos foros de discusión de estas cuestiones se ha adelantado por parte de representantes de la TGSS que los criterios para establecer esta actividad secundaria serían probablemente que esta actividad se desarrollase en un domicilio distinto y que tuviera un convenio colectivo aplicable diferente al de la actividad principal, si bien todavía no se hay instrucciones precisas de la TGSS en este sentido.

La segunda excepción que plantea la Disposición Adicional Cuarta tiene una relación directa con las ocupaciones o trabajos comunes que realicen los trabajadores en cualquiera de las actividades de la CNAE. Así, se establece un tipo de cotización diferente al asignado en virtud de la actividad económica principal de la empresa para los trabajadores que realicen alguna de las ocupaciones incluidos en el Cuadro II de dicha disposición (*Cuadro de Ocupaciones*), entre las que se encuentran algunas de espectro muy amplio como personal en trabajos exclusivos de oficina, representantes de comercio o conductores. Además, este tipo diferenciado de

cotización del Cuadro II no sólo se establece para determinadas ocupaciones, sino también para trabajadores que se encuentren en situaciones concretas, como es el caso de los trabajadores en periodo de baja por incapacidad temporal y otras situaciones con suspensión de la relación laboral con obligación de cotizar. Aunque la Disposición Adicional Cuarta no lo establezca específicamente, se entiende que siempre deberá haber al menos un trabajador cotizando en base a la actividad principal.

Sin duda, esta segunda excepción a la regla general, es la que permite «separar» del régimen general de cotización para enfermedades profesionales a un mayor número de trabajadores, si bien la propia Disposición Adicional Cuarta se ocupa de subrayar el carácter transitorio de las mismas al establecer en su apartado número cuatro, la obligación del Gobierno de suprimir progresivamente dichas excepciones.

Procedimiento para la aplicación de las nuevas tarifas de cotización

La TGSS, por medio de una serie de notas informativas, ha ido concretando qué han de hacer las empresas para cumplir con sus nuevas obligaciones de cotización fruto de la modificación.

A tales efectos la TGSS comunicará a las empresas por correo ordinario los tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a aplicar, salvo para los usuarios RED a los que se les comunicará estos tipos mediante envío automático, a través del denominado Informe de Trabajadores en Alta (ITA) de cada Código de Cuenta de Cotización que tengan asignado. Las empresas, tras comprobar los datos del ITA: (i) para aquellos trabajadores con cuyos datos estén de acuerdo, no realizarán actuación alguna, (ii) para aquellos trabajadores que realicen tareas que no estén identificadas con alguna de las ocupaciones del Cuadro II, tampoco deberán comunicar ningún dato, ya que la cotización por los mismos deberá realizarse al tipo de la CNAE que corresponda según la actividad principal de la empresa, (iii) si la empresa no está de acuerdo con la ocupación asignada a un trabajador, comunicará la que entienda correcta a través de la transacción habilitada a tal efecto -cambio de ocupación-, tanto en la modalidad on-line como en la modalidad de las remesas, y (iv) para aquellos trabajadores a los que no se les haya podido asignar ocupación de forma automática pero realicen algún trabajo de los identificados con ocupación, también la anotarán a través de la transacción «cambio de

ocupación», tanto en la modalidad on-line como en la modalidad de remesas. Por tanto, los empresarios sólo deberán comunicar a la TGSS la ocupación de sus trabajadores, cuando éstos desempeñen alguno de los trabajos enumerados en la tabla de ocupaciones y la TGSS no lo haya estimado así en el ITA, bien por no asignarles ninguna ocupación o por asignarles una errónea. La TGSS determinará finalmente si, efectivamente, el trabajador realiza una de las ocupaciones del Cuadro II de la Disposición Adicional Cuarta.

VERÓNICA OLLÉ SESÉ (*)

ANULACIÓN DE LA SANCIÓN DE 57 MILLONES DE EUROS IMPUESTA POR EL TDC A TELEFÓNICA POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DENOMINADO ASUNTO DE LA PREASIGNACIÓN. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ASUNTO «PLANES CLAROS»

Introducción

Recientemente se ha dado a conocer la Sentencia de 31 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el asunto denominado «Telefonica/Astel», también conocido como el asunto de la preasignación. En virtud de esa Sentencia, se estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») de 1 de abril de 2004 que había declarado la comisión de un acto de abuso de posición dominante por parte de esta operadora y le había impuesto una multa de 57 millones de euros, la más elevada de la historia empresarial española.

Al margen de la repercusión mediática de esa Sentencia, su interés jurídico radica en la aplicación que hace la Audiencia Nacional de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2006, en la que se resolvió el asunto de los «Planes Claros». En esta Sentencia, el Tribunal Supremo anuló también una Resolución del TDC por la que se declaraba un abuso de posición dominante por parte de Telefónica. La imputación dirigida a esta compañía se fundaba en aquel supuesto en la realización de una campaña publici-

(*) Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).