



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

JOSÉ CARLOS LÓPEZ MARTÍNEZ

MAGISTRADO. LETRADO DEL GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO, ÁREA CIVIL.

EL DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO

Aproximación a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro introducida por el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La nueva realidad del *expaciente* oncológico.

Según un informe elaborado por la Red Española de Registros de Cáncer (REDECAN) en 2022¹, de libre acceso a través de Internet, en la población general el cáncer es la segunda causa de muerte después de las enfermedades del aparato circulatorio, aunque en los hombres es, desde el año 2000, la primera causa de muerte. Estos datos son similares a los que maneja el Instituto Nacional de Estadística². En 2019, 3 de cada 10 defunciones en hombres y 2 de cada 10 en mujeres fueron a causa del cáncer. Según el Parlamento Europeo (en adelante PE), en Europa mueren de cáncer cada año un total de 1,3 millones de personas, de ellos más de 6.000 niños y jóvenes.

Pero también es indudable que las políticas de prevención (según el PE, más del 40% de los cánceres pueden prevenirse) y las mejoras terapéuticas gracias a los avances científicos de los últimos años han permitido disminuir las tasas de incidencia y la mortalidad de determinados tipos de cáncer.

Esta tesitura nos lleva a la necesidad de abordar jurídicamente una nueva realidad: la de los pacientes oncológicos que superan su enfermedad (o que al menos no recaen pasado un tiempo) pero que ven como sus antecedentes médicos suponen un hándicap en su deseada vuelta a la normalidad

¹ <https://redecana.org/storage/documents/873877e1-af1b-43fe-8d97-0ee1434fe261.pdf>

² https://www.ine.es/infografias/infografia_fallecidos_cancer.pdf

(p.ej., a la hora de acceder al crédito o de contratar un seguro de vida³).

2. Implantación armonizada del «olvido oncológico»: precedentes regulatorios e impulso de las instituciones europeas.

En este contexto el PE aprobó el pasado 16 de febrero de 2022 la Propuesta de Resolución 20202267 (INI) sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada⁴, enmarcada en el plan europeo de lucha contra el cáncer mediante una estrategia coordinada de todos los países miembros, que, en lo que ahora nos interesa, promovía la implantación armonizada en territorio UE del «olvido oncológico», entendido este como un derecho de los expacientes oncológicos a no ser «discriminados en comparación con otros consumidores».

«[...] 125. Considera que las aseguradoras y los bancos no deben tener en cuenta el historial médico de las personas afectadas por el cáncer; pide que las legislaciones nacionales garanticen que los supervivientes de cáncer no sean discriminados en comparación con otros consumidores; toma nota de la intención de la Comisión de colaborar con las empresas para elaborar un código de conducta que garantice que la evolución de los tratamientos contra el cáncer y su mayor eficacia se reflejen en las prácticas comerciales de los proveedores de servicios financieros; apoya, paralelamente, la promoción de los avances realizados en Francia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, donde los supervivientes de cáncer disfrutaban del «derecho al olvido»; pide que, a más tardar en 2025, todos los Estados miembros garanticen el derecho al olvido a todos los pacientes europeos diez años después del final de su tratamiento y a más tardar cinco años después del final del tratamiento para los pacientes cuyo diagnóstico se haya realizado antes de los 18 años; solicita que se introduzcan una serie de normas comunes para el derecho al olvido, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la política de protección del consumidor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de acabar con las prácticas nacionales fragmentadas en el ámbito de la valoración de la solvencia y asegurar la igualdad de acceso al crédito para los supervivientes de cáncer; pide la integración en la legislación de la Unión pertinente del «derecho al olvido» para los supervivientes de cáncer, a fin de evitar la discriminación y mejorar el acceso de estas personas a los servicios financieros» [...].

La Resolución tomaba como referencia los avances en la regulación de ese derecho llevados a cabo en Francia (2016), Luxemburgo (2020), Bélgica (2019) y Países Bajos (2020), e incitaba a todos los Estados miembros a garantizar como máximo en 2025 el derecho al olvido de «todos los pacientes europeos diez años después del final de su tratamiento y a más tardar cinco años después del final del tratamiento para los pacientes cuyo diagnóstico se haya realizado antes de los 18 años» y a regular el derecho al olvido con normas comunes que, fundamentalmente, les garantizaran el acceso al crédito en condiciones de igualdad o no discriminación (actualmente -octubre de 2023- nueve de los veintisiete países europeos ya han legislado para hacer efectivo el derecho al olvido oncológico -Bélgica, España, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumanía e Italia- y el número de años que se exige para su reconocimiento varía entre cinco y diez años).

En España podemos citar como antecedente de interés la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 12 de junio de 2018), normativa en principio centrada en la no discriminación de pacientes de SIDA/VIH, pero que, como seguidamente veremos, con la cláusula de cierre «u otras condiciones de salud», dejaba abierta

³ Según el informe «Jóvenes y leucemia» de la Fundación José Carreras, el 47% de los pacientes oncológicos había tenido dificultades para pedir un préstamo, el 70% al pedir un seguro de decesos y el 83% cuando intentaba contratar un seguro de vida.

https://www.fcarreras.org/es/Informe_jovenes_y_leucemia

⁴ [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/2267\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/2267(INI))

la posibilidad de extender dicha protección a otros enfermos como los oncológicos.

II. REAL DECRETO LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO.

Con el propósito de dar cumplimiento a estas directrices europeas, la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados aprobó el 29 de marzo del presente año 2023 una Proposición No de Ley (presentada en febrero por el Grupo Parlamentario Socialista) que instaba al Gobierno a una actuación normativa inmediata para aplicar a patologías como el cáncer los principios recogidos en la citada Ley 4/2018, por la que se introdujo una nueva d. adicional quinta en la Ley 50/1980, de 5 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS)⁵:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a desarrollar la normativa necesaria para determinar la aplicación de los principios recogidos en la Ley 4/2018, de 11 de junio, para otras patologías o grupos de patologías, como el cáncer, a las que pueda considerarse los mismos efectos excluyentes en las relaciones jurídicas.».

Con estos antecedentes, a comienzos del verano del presente 2023 se aprobó el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 29 de junio, en vigor por lo que respecta al derecho al olvido oncológico el 30 de junio de 2023, según su d. final novena).

Entre una maraña de normas sobre las más variadas materias, este poliédrico y variopinto texto normativo (en adelante RDL 5/2023) dedica el Capítulo II del Título V (relativo a las medidas de carácter sanitario, social y económico) del Libro V a dos disposiciones (los arts. 209 y 210) destinadas, según la propia denominación del capítulo, a «hacer efectivo» el denominado «derecho al olvido oncológico» en la contratación tanto de seguros (art. 209) como de productos bancarios por parte de pacientes con patologías oncológicas que hayan superado un determinado periodo de tiempo desde la finalización del tratamiento radical sin recaída (en principio cinco años frente a los diez que indicaba el PE y que también han acogido algunas legislaciones comparadas, aunque veremos que la propia reforma prevé que el Gobierno pueda ampliarlo «conjuntamente o para patologías oncológicas específicas, en función de la evolución de la evidencia científica»).

Nada más publicarse esta norma, la reacción del sector asegurador (Unespa)⁶ fue la de mostrar su sensibilidad con «la situación de las personas que han superado el cáncer» y la de ofrecer diálogo a las principales organizaciones de pacientes oncológicos para analizar posibles actuaciones relacionadas con el aseguramiento de pacientes oncológicos, entre ellas una Guía de autorregulación sobre el derecho al olvido oncológico, inspirada en las características de las regulaciones y autorregulaciones existentes sobre esta materia en 8 de los 27 países de la Unión Europea. Pero la patronal del seguro también aprovechó para criticar al Gobierno porque la regulación se hubiera llevado a cabo sin «haber mantenido un diálogo previo con todas las partes implicadas, incluido el sector asegurador, dadas las especiales características técnicas que tienen los contratos de seguro». En este sentido recordó que «la implementación práctica del derecho al olvido oncológico requiere de la adaptación de los procesos y documentación contractual por lo que necesitan disponer de un tiempo para llevarlos a cabo».

La razón por la que se ha optado por un plazo de cinco años desde el final del tratamiento radical

⁵ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-614.PDF

⁶ <https://www.diariomedico.com/medicina/oncologia/el-sector-asegurador-lamenta-que-el-gobierno-no-contara-con-ellos-para-regular-el-derecho-al-olvido-oncologico.html>

puede deberse a que la evidencia científica viene demostrando que ese lapso es un periodo de tiempo razonable⁷ para considerar superada la enfermedad y reconocer al paciente oncológico una expectativa de vida similar a la de personas que no han pasado la enfermedad (la supervivencia a cinco años del diagnóstico fue de más del 55% en hombres y de casi el 62% en mujeres en pacientes detectados entre 2008 y 2013 en España), siendo buena prueba de ello, para los especialistas consultados por el que suscribe, que las revisiones pasen a una periodicidad anual precisamente a partir de los cinco años desde el final del tratamiento.

Grosso modo, la nueva regulación del derecho al olvido oncológico se manifiesta en tres hitos fundamentales, dos de ellos atinentes al contrato de seguro y el tercero a cualquier acto de consumo:

1. Desde la perspectiva del contrato de seguro (art. 209 RDL 5/2023) se establece:
 - a) La prohibición de hacer diferenciaciones en la contratación de un seguro a una persona por haber sufrido una patología oncológica (d. adicional quinta LCS).
 - b) La eliminación de la obligación de declarar si se ha padecido cáncer para suscribir un seguro de vida y la prohibición de que se consideren los antecedentes oncológicos en este trámite (art. 10 LCS).
2. Desde la perspectiva de la protección del consumidor (art. 210 RDL 5/2023), se dispone:

La nulidad de las cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer (d. adicional única TRLDU).

Nos centraremos en este trabajo en el impacto de esta regulación en el contrato de seguro (art. 10 y d. adicional quinta LCS), en particular, en el seguro de vida para caso de muerte.

1. El derecho al olvido oncológico en la contratación de seguros (art. 209 RDL 5/2023): aspectos generales de la nueva regulación.

1.1. Redacción dada al art. 10 y a la d. adicional quinta LCS.

El art. 209 contiene dos apartados que modifican la LCS.

El primero (Uno) modifica el art. 10 -sustituyendo la redacción hasta ahora vigente, dada por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre⁸-, y el segundo (Dos) la d. adicional quinta -como se ha dicho, introducida por la Ley 4/2018-.

Todo ello, según resulta de la propia exposición de motivos del RDL 5/2023, con el fin de prohibir la *discriminación* de toda persona que contrate un seguro por haber sufrido una patología oncológica una vez transcurridos el plazo de tiempo anteriormente indicado.

⁷ Así se expresó el doctor D. Andrés Cervantes, presidente de la Sociedad Europea de Oncología Médica (ESMO) - parte del comité europeo del Código de Conducta sobre el derecho al olvido oncológico- en una reunión de expertos celebrada en 2023.

<https://seom.org/otros-servicios/noticias/210228-esmo-parte-del-comite-europeo-del-codigo-de-conducta-sobre-el-derecho-al-olvido-oncologico-pide-establecer-en-cinco-anos-el-periodo-de-remision-de-la-enfermedad>

⁸ Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

Art. 10 LCS (la reforma solo ha supuesto la inclusión de un nuevo último párrafo):

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

El tomador de un seguro sobre la vida no está obligado a declarar si él o el asegurado han padecido cáncer una vez hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Una vez transcurrido el plazo señalado, el asegurador no podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro, quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo.

D. adicional quinta (Se han incluido dos nuevos apartados: el primero, dedicado a extender la prohibición de discriminación de la que disfrutaban los pacientes de VIH/SIDA a los pacientes oncológicos, y el segundo, al que ya hemos hecho alusión, por el que se faculta al Gobierno a modificar el plazo).

Disposición adicional quinta. No discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

1. No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA, ni por otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA, o por otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

2. En ningún caso podrá denegarse el acceso a la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador, imponer condiciones más onerosas o discriminar de cualquier otro modo a una persona por haber sufrido una patología oncológica, una vez transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior.

3. El Gobierno, mediante real decreto, podrá modificar los plazos establecidos en el apartado anterior y en el último párrafo del artículo 10 conjuntamente o para patologías oncológicas específicas, en función de la evolución de la evidencia científica.

1.2. Interrogantes que resultan de los textos reformados.

Una lectura incluso apresurada de los preceptos reformados nos deja algunos interrogantes:

- (i) Aunque el art. 10 LCS es norma general aplicable a toda clase de seguros, **el nuevo último párrafo** de dicho precepto **solo materializa** la anunciada (por la exposición de motivos del RDL 5/2023) **prohibición de discriminación** del asegurado-paciente

oncológico que no haya sufrido recaída en los cinco años siguientes a la finalización de su tratamiento **en los seguros de vida** (y sin distinguir además entre seguros de vida para caso de muerte y para el caso de supervivencia), no así con relación a otras modalidades de aseguramiento personal en las que también pueden ser relevantes los antecedentes de salud del asegurado como los seguros de enfermedad o de asistencia sanitaria, o como los de incapacidad (frecuente o habitualmente objeto de contratación simultánea con los de vida).

(ii) **La prohibición de discriminación del *expaciente* oncológico se lleva a cabo desde una doble perspectiva:**

a) desde la perspectiva del **asegurado** (sobre el que pesa el deber de declarar el riesgo que regula el art. 10 LCS), eliminando la obligación de declarar haber padecido cáncer pasado ese tiempo (primer inciso del párrafo cuarto del reformado art. 10 LCS), pero solo en el seguro de vida. Teniendo en cuenta que se trata de una norma especial, no cabría una interpretación extensiva para aplicarla a otras modalidades de seguros de personas.

b) desde la perspectiva del **asegurador**, prohibiendo -solo en el seguro de vida- que el asegurador pueda tomar en consideración esos antecedentes oncológicos a la hora de valorar el riesgo asegurado (segundo inciso del párrafo cuarto del reformado art. 10 LCS), y prohibiendo -en la contratación de toda clase de seguros- que el asegurador pueda vedar la contratación del seguro o establecer condiciones más onerosas o discriminar de cualquier forma al asegurado *expaciente* oncológico (d. adicional quinta LCS). La determinación del alcance de este último precepto va a ser clave a la hora de delimitar los límites de la práctica aseguradora.

(iii) En la redacción hasta ahora vigente de la d. adicional quinta LCS, quedaba prohibida cualquier forma de discriminación en la contratación de seguros (en particular, mediante la denegación de acceso a la contratación, la imposición de procedimientos de contratación diferentes o la imposición de condiciones más onerosas) de pacientes con VIH/SIDA o pacientes «con otras condiciones de salud» (¿suponía esto que ya existía una previsión para incluir otras patologías como el cáncer?). Pero en el inciso final de la propia norma se posibilitaba que la discriminación tuviera justificación legal («salvo») de constatarse la existencia de «causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente». Sin embargo, en la nueva redacción por la que se hace extensiva la prohibición de discriminación en la contratación de seguros a los pacientes oncológicos que hayan superado el plazo de cinco años sin recaída, con respecto a estos pacientes y patologías no se contempla excepción alguna. Es decir, no se prevé que la prohibición de discriminación no opere ante causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. En esta tesitura podemos preguntarnos a qué responde que no se contemple dicha excepción, y si la prohibición de discriminación es absoluta respecto del asegurado que ha superado la enfermedad oncológica, también cabe cuestionarse a qué responde este distinto tratamiento de los padecimientos oncológicos respecto de otras patologías igualmente graves para el riesgo de muerte asegurado⁹.

(iv) Conforme al principio de individualización del riesgo, cabría afirmar que el riesgo propio de cada asegurado es un elemento discriminador *per se*. De hecho, como veremos, las cláusulas que concretan el riesgo cubierto suelen considerarse delimitadoras del riesgo y no limitativas de derechos (y por lo tanto, no sujetas al control de incorporación del art. 3 LCS). De ahí que las cláusulas que excluyen la cobertura de las enfermedades preexistentes no declaradas vengán siendo consideradas delimitadoras del riesgo y no

⁹ Como dijimos al principio, las patologías cardíacas siguen siendo la primera y principal causa de fallecimiento en España según datos del INI para 2022 (el 26,0% de las defunciones en el año 2022 se debieron a enfermedades del sistema circulatorio y el 24,8% a tumores).

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176780&menu=ultiDatos&idp=1254735573175

limitativas de derechos. En este contexto, ¿puede considerarse discriminatorio que la decisión del asegurador de contratar, el alcance de la prestación del asegurador o la prima dependan del riesgo específico de cada asegurado? Si como parece el asegurador, ni puede negarse a contratar alegando esos antecedentes oncológicos, ni puede subir la prima, en caso de recidiva después de suscribirse la póliza (lo que no es nada descabellado) ¿no estaremos haciendo descansar ese exceso de riesgo en el resto de asegurados?

2. El deber de declarar el riesgo en el contrato de seguro de vida tras la reforma del art. 10 LCS.

2.1. Configuración legal y jurisprudencial del deber de declarar el riesgo.

2.1.1. El riesgo en el contrato de seguro. En particular, en el seguro de vida.

El art. 1 LCS dispone:

«El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

Según la doctrina más autorizada, el riesgo es uno de los elementos reales del contrato de seguro, cuya naturaleza aleatoria (p.ej. sentencias 579/2023, de 20 de abril, y 856/2021, de 10 de diciembre) hace que el riesgo sea un elemento consustancial a dicho contrato (sentencia 426/2018, de 4 de julio, con cita de la sentencia 449/2013, de 10 de julio) y por ende, un requisito esencial para su validez, tanto porque la inexistencia del riesgo al momento de contratar determina la nulidad del contrato (art. 4 LCS) como porque de la exacta valoración del riesgo que asume el asegurador va a depender la decisión de este de cubrirlo o no y, caso de hacerlo, en qué condiciones va a ser objeto de cobertura (p.ej. a cambio de una contraprestación -prima- mayor).

Por tanto, riesgo y prima son los dos elementos esenciales que integran la causa del contrato, y el interés, su objeto. Sobre esos tres elementos esenciales debe versar el consentimiento (art. 1261 CC). Sin riesgo no existe contrato de seguro (art. 4 LCS).

El riesgo se concreta a través de las cláusulas delimitadoras del riesgo. En este sentido, a partir de la STS 853/2006, de 11 de septiembre, de pleno, la jurisprudencia viene afirmando que son delimitadoras del riesgo las que concretan el objeto del seguro, es decir, «(i) qué riesgos constituyen objeto del seguro, (ii) en qué cuantía, (iii) durante qué plazo, y (iv) en qué ámbito temporal o espacial».

La más reciente STS 563/2021, de 26 de julio, con cita de las SSTS 661/2019, de 12 de diciembre, de pleno, y 399/2020, de 6 de julio, reitera:

«En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura».

No obstante, con posterioridad a la sentencia 853/2006 la jurisprudencia ha matizado que solo pueden considerarse delimitadoras las que concretan la cobertura de forma coherente con el objeto del contrato, siendo limitativas de derechos y no delimitadoras del riesgo las que delimiten el riesgo de forma

contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares, de manera no frecuente o inusual (por todas, SSTS 82/2012, y 273/2016, de 22 de abril, la cual recordó que con las delimitadoras del riesgo:

«Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)».

El riesgo en el seguro de vida para caso de muerte.

El seguro de vida se define así en el art. 83 LCS, párrafo primero:

«Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente».

Es quizá el más habitual seguro «de personas» (según el art. 80 LCS, en esta clase se comprenden los seguros que cubren «los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado»), sobre todo el seguro de vida para caso de muerte.

En cuanto al riesgo en los seguros de vida, la jurisprudencia tiene dicho que «el riesgo de la muerte constituye uno de los sectores más dinámicos del contrato de seguro ante las distintas posibilidades y modalidades que brinda la cobertura de la vida humana», siendo una de sus modalidades, la más frecuente, el seguro de vida para el caso de muerte, «en el que el tomador asegura su propia existencia, constituyendo el riesgo la incertidumbre sobre la duración de la vida humana, en tanto en cuanto constituye un evento *certus an, incertus quando* [cierto si, incierto cuando], puesto que las personas estamos sometidas a la inexorable ley del fallecimiento bajo la incertidumbre del concreto momento en que tal desenlace se producirá, dentro claro está de los límites temporales de la supervivencia humana, finita por naturaleza» (sentencia 1344/2023, de 3 de octubre).

Según el citado art. 83 LCS «se entiende que existe riesgo si en el momento de la contratación no se ha producido el evento objeto de la cobertura otorgada en la póliza». Esto significa p.ej. que no será nulo el seguro de vida para caso de muerte que se contrata antes de que se haya producido el fallecimiento del asegurado.

2.1.2. Deber de declaración del riesgo (en particular, en el seguro de vida para caso de muerte): doctrina jurisprudencial.

Ese riesgo -la incertidumbre sobre cuándo se va a producir el fallecimiento-:

-Debe subsistir al firmarse el seguro para que este sea válido (art. 4 LCS y sentencia 632/2023, de 27 de abril, que declaró que no puede ser nulo un seguro de vida que se contrata antes de que se produzca el siniestro/fallecimiento),

-Ha de ser conocido y valorado por el asegurador a partir de la información que le suministre el asegurado mediante la contestación a las preguntas que aquel le haga en forma de cuestionario o declaración¹⁰ (la forma no condiciona su validez ni eficacia, sentencia 632/2023, de 27 de abril y las que

¹⁰ La jurisprudencia reitera que el cuestionario «no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, admitiéndose también como cuestionario las "declaraciones de salud" que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza» (sentencia 632/2023, de 27 de abril).

en ella se citan), incumbiendo pues al asegurado, conforme a los principios de buena fe y colaboración leal (esencial en marco de la contratación de seguros) poner en conocimiento del asegurador los antecedentes de salud conocidos por aquel por los que el asegurador le pregunte expresamente, o que por el tipo de preguntas que se le formulen (aunque no se refieran a patologías concretas) pueda intuir o representarse mentalmente que pueden tener influencia en el riesgo asegurable.

En este sentido, la sentencia 1200/2007, de 15 de noviembre, citada por la 676/2014, de 4 de diciembre, señala:

«A través del deber de la declaración del tomador del seguro de las circunstancias que delimitan el riesgo que se quiere que sea cubierto por el asegurador, aflora de manera nítida el carácter del contrato de seguro como de máxima buena fe. En efecto, se sabe que, siendo tan importante la delimitación del riesgo, ésta no puede llevarse a efecto sin la colaboración del futuro contratante, que es quien únicamente conoce ciertas circunstancias y detalles. El asegurador, sólo con mucha dificultad y dentro de un ámbito limitado, puede procurarse una información directa sobre el concreto riesgo que pretende asumir, por lo que necesita la ayuda de ese futuro contratante y requiere de él la información precisa para la concreción y valoración del riesgo. Se manifiesta la buena fe precisamente en que el asegurador ha de confiar en la descripción del riesgo que hace la otra parte. La actividad aseguradora necesita de la colaboración leal de todos los que deseen la cobertura de los aseguradores. Estos sólo mediante una exacta apreciación del riesgo pueden decidir justamente si asumirlo o no, y en el caso de que decidan por la celebración del contrato, determinar el justo precio o prima que debe pagar el asegurado».

Sobre cómo ha de interpretarse el deber de declarar el riesgo en los seguros de personas, en particular en el seguro de vida para caso de fallecimiento, constituye jurisprudencia reiterada (sintetizada p.ej. por la sentencia 681/2023, de 8 de mayo y las que en ella se citan): (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, siempre que esté probado que fue el asegurado quien facilitó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; (iii) que lo esencial para apreciar o no la infracción de ese deber es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro; y (iv) que lo que libera al asegurador de su prestación no es la mera inexactitud sino el dolo o la culpa grave.

2.1.3. Casuística sobre antecedentes oncológicos.

La aplicación de estos criterios ha llevado a los tribunales a soluciones dispares en función de las concretas circunstancias del caso, en particular por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario. Veamos algunos ejemplos, por lo que ahora interesa, referidos a asegurados con antecedentes oncológicos.

-Sentencia 676/2014, de 4 de diciembre

Seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario suscrito en marzo de 2006 por asegurada a la que en diciembre de 2004 se le diagnosticó un cáncer de mama por el que se sometió a intervención quirúrgica el 31 de diciembre de 2004.

En el cuestionario, cumplimentado por los empleados del banco a respuestas de la asegurada, se incluyó una pregunta concreta sobre si había padecido alguna enfermedad de cáncer o tumor, a la que la asegurada respondió que no a pesar de dichos antecedentes oncológicos que, finalmente, fueron la causa de su fallecimiento en enero de 2008.

Este caso no se vería afectado por la nueva regulación del derecho al olvido oncológico, puesto que cuando se suscribió la póliza aun no había transcurrido el plazo de cinco años a que se refiere el último párrafo del art. 10 LCS.

-Sentencia 639/2020, de 25 de noviembre

Seguro de vida suscrito por una mujer en 2010, a la que en 2001 se le diagnosticó cáncer de mama realizándosele una mastectomía. En los 10 años siguientes se sometió a revisiones que no revelaron signos de enfermedad tumoral (es decir, no hubo recaída).

Al cumplimentar el cuestionario o la declaración de salud se le formularon preguntas genéricas (sobre su estado de salud), pero también más específicas (enfermedades «tumoraes») que, sin embargo, la sala de casación entiende que no permitieron que la asegurada pudiera ser consciente de que se le estaba preguntado por su cáncer de mama, fundamentalmente, porque la pregunta se refería a haber sufrido esas enfermedades tumorales en los últimos cinco años, periodo en que la asegurada ya no tenía secuelas derivadas de su cáncer de mama o no era consciente de tenerlas.

No obstante, también se le preguntó de forma muy concreta si estaba bajo tratamiento o seguimiento facultativo, que hubiera requerido pruebas diagnósticas como ecografías, escáneres o radiografías, y si debía consultar a un médico próximamente, lo que también negó, a pesar de que conocía que debía someterse anualmente a revisiones ante la probabilidad de recaídas, nada infrecuentes en enfermedades tan graves (la revisión del año 2010 en que se contrató el seguro se llevó a cabo apenas 15 días después de firmar la póliza, a pesar de lo cual negó tener que consultar a un médico próximamente). Todo ello llevó a la sala a considerar que incurrió en culpa grave.

En mi opinión este caso sí se vería afectado por la reforma dado que habían pasado cinco años desde el final del tratamiento sin recaída y que, aunque ciertamente no se le preguntó a la asegurada por sus antecedentes oncológicos anteriores, sin embargo, sí se le preguntó indirectamente por estos, al cuestionársele si tenía que seguir bajo revisiones. Entiendo que el derecho al olvido no solo impide al asegurador preguntar, y por ende tomar en cuenta esos antecedentes anteriores si han pasado cinco años sin recaída, eximiendo correlativamente al asegurado de comunicarlos de ser cuestionado por ellos, sino que tampoco permitía preguntarle sobre controles o seguimientos que traigan causa de esos antecedentes. Es decir, si la patología se diagnosticó en 2001 y la póliza se suscribió en 2010, en la medida que no recayó en su enfermedad, no podían computarse los cinco años anteriores (desde el 2006 en adelante) en ningún sentido, tampoco para tomar en consideración si respondió o no a preguntas sobre controles o seguimientos facultativos llevados a cabo en ese periodo en la medida que ninguno de ellos determinó la aparición de signos de enfermedad tumoral (recaída).

-Sentencia 623/2023, de 27 de abril

Varón al que se le diagnostica linfoma e inmediatamente (a los pocos días) se hace un seguro de vida que garantizaba a su beneficiaria el cobro de una elevada suma (200.000 euros), a cambio de una prima importante (1.200 euros) que le evitaba hacerse un reconocimiento médico.

El seguro de vida se suscribió el 18 de noviembre de 2010 y al asegurado -de 54 años- se le preguntó expresamente al contratar sobre sus antecedentes oncológicos (si tenía algún antecedente por «cáncer, melanoma o leucemia»), los cuales negó, pese a constar probado que solo seis días antes de solicitar el seguro fue diagnosticado de linfoma (que es un tipo de cáncer) en un estadio avanzado, y que

por esta razón comenzó su tratamiento a los pocos días de contratar la póliza, siendo esa patología la causa de que falleciera a los pocos meses.

La sentencia razona que se trató de un caso en que la infracción del deber de declarar el riesgo es patente dado el carácter preciso del cuestionario (se le preguntó sobre enfermedades concretas, en particular sobre el cáncer y algunas de sus modalidades más frecuentes).

Pero también razona que en las concretas circunstancias concurrentes ni siquiera sería determinante el grado de precisión de las preguntas para colegir la existencia de ocultación dolosa, «pues lo verdaderamente relevante es que tales circunstancias revelan que al solicitar el seguro el asegurado era ya plenamente consciente de que padecía una enfermedad muy grave que comúnmente se asocia con una alta probabilidad de desenlace fatal, y que a lo ya razonado acerca de que las preguntas que se le hicieron en el cuestionario inserto en dicho documento, aludiendo expresamente al cáncer, fueron suficientes para que pudiera representarse esos antecedentes de salud como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo de fallecimiento, se suma que precisamente el hecho de que fuera consciente de la importancia de su enfermedad es lo que explica su conducta en la contratación del seguro, dirigida por un lado a garantizar a la beneficiaria el cobro de una elevada suma y, por otro, a contratarlo de inmediato pero evitando someterse a reconocimiento médico, aunque para ello tuviera que asumir el coste de una prima anual más elevada».

Este caso es evidente que tampoco se vería afectado por la nueva regulación.

2.1.4. Agravación del riesgo y deber de comunicación.

El deber de declarar el riesgo comprende el de declarar la «alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo anterior que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas». Como señala la sentencia 712/2021, de 25 de octubre, su incumplimiento tiene consecuencias:

«en el caso de falta de comunicación de la agravación del riesgo y correlativo desconocimiento de la aseguradora, si el asegurado o tomador han actuado de mala fe, la compañía queda liberada de su obligación; y si no existe mala fe -en este caso no ha sido declarada, ni reconocida por las sentencias de instancia- el contrato produce efectos, con la correlativa obligación de la aseguradora de cumplir su prestación, si bien ésta será reducida, proporcionalmente, a la diferencia existente entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la entidad real del riesgo, en cuyo caso se aplica la misma regla prevista en el último párrafo del art. 10 LCS».

Pero esta obligación de declarar la agravación del riesgo tiene su excepción en los seguros de personas, en la medida que es algo previsible que la salud se deteriore con el paso del tiempo.

Art. 11.2 LCS

«En los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo».

En este sentido p.ej. la sentencia 839/2021, de 2 de diciembre.

2.2. Reconfiguración del deber de declarar el riesgo a resultas de la nueva regulación.

Desde la perspectiva del asegurado, la nueva regulación del deber de declarar el riesgo en los seguros de vida que se suscriban por pacientes con antecedentes oncológicos va a significar que aunque se le pregunte expresamente por dichos antecedentes va a quedar eximido de declararlos, eso sí, siempre y cuando hayan pasado al menos cinco años (o el plazo que pueda fijarse en el futuro) desde la finalización del tratamiento radical sin recidiva.

Por lo tanto, como el transcurso de dicho plazo sin recaída es la *conditio sine qua non* o el requisito indispensable del que depende la efectividad del derecho al olvido oncológico, la redacción del art. 10 LCS plantea desde este mismo momento dos dudas fundamentales:

- (i) En cuanto al *dies a quo* ha de concretarse qué se entiende por fin del *tratamiento radical*. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá que integrar con los aportes de la ciencia médica¹¹.
- (ii) En cuanto a la imprescindible inexistencia de *recaída* en ese plazo mínimo de cinco años, ¿qué se entiende por tal? (entiendo que el hecho de someterse a seguimiento médico o a controles periódicos no tiene por qué implicar recaer si no aparecen nuevos signos de la enfermedad).

Desde la perspectiva del asegurador, la reconfiguración del deber de declarar el riesgo se traduce en que una vez transcurrido el plazo señalado (computado de la misma forma, es decir, desde el fin del tratamiento radical sin recaída) la existencia de esos antecedentes oncológicos no va a poderse tomar en consideración «a efectos de la contratación del seguro, quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo», es decir, que no va a poder tomarlos en consideración para negarse a contratar o para imponer unas condiciones distintas de las que impondría de no conocerlos. Pero obviamente que puede preguntarse si ha existido recaída al ser presupuesto para la efectividad del derecho al olvido oncológico.

En mi opinión, como dije anteriormente, esta prohibición comprende las preguntas que se refieran a controles médicos periódicos o a seguimientos facultativos a los que se haya tenido que someter el paciente en esos cinco años (es decir, no se le podrá preguntar si ha estado sometido a esos controles en la medida que de ellos no resulten signos tumorales que permitan hablar de recidiva o de un nuevo tumor) y, en caso de que aun así se le preguntara, el asegurado no estaría obligado a responder ni el asegurador podría tomar en consideración la contestación que se diera. En la misma línea, si el asegurado lleva al menos cinco años sin recaer tampoco cabría que se le cuestionara si tiene previsto someterse a alguna revisión pues esta traería causa de una patología superada, que no podría ser tenida en consideración para valorar el riesgo.

RODAS PAREDES¹² apunta además que la reforma va a conllevar que en los seguros de vida no rija para el asegurado la exención de declarar la agravación del riesgo del art. 11.2 LCS porque a partir de ahora va a tener que comunicar si después de terminar el tratamiento ha sufrido alguna recidiva. No estoy de acuerdo con esta apreciación.

El art. 11.2 LCS proyecta sus efectos sobre la situación posterior a la existente al firmar la póliza, eximiendo al asegurado en los seguros de personas (en particular, en el de vida) del deber de comunicar al asegurador cualquier circunstancia sobrevenida -como el lógico empeoramiento de la salud del asegurado con el paso del tiempo- que puedan alterar el riesgo (de fallecimiento) que se tomó en cuenta al tiempo de suscribir la póliza. Pero ese ámbito *ex post* no es el que resulta afectado por la reforma de la LCS llevada a cabo por el RDL 5/2023, dado que esta reforma atañe únicamente al riesgo existente en el momento de contratar, condicionando el derecho del asegurado que ha superado el cáncer a no declarar

¹¹ En la referida reunión de expertos celebrada en 2023, a la que además de la ESMO acudieron la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC) y la Sociedad Española de Oncología Médica (SEOM), el presidente de esta última sociedad médica, el doctor César A. Rodríguez, manifestó que era preciso «desarrollar la normativa de manera que elimine incertidumbres en el uso de algunos términos como “tratamiento radical” o establecer el momento desde el cual debe contabilizarse dicho periodo de tiempo de cinco años».

¹² RODAS PAREDES, P. *El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos*. Diario LA LEY, Nº 10364, Sección Tribuna, 9 de octubre de 2023.

esos antecedentes al cumplimiento del requisito de que no haya recaído en el plazo legal de cinco años. En su virtud, está plenamente justificado preguntar sobre si ha existido recaída en ese plazo, pues es condición para poder beneficiarse del derecho al olvido oncológico, de manera que deberá declarar esos antecedentes a preguntas del asegurador, que podrá tomarlos en consideración (p. ej., paciente con cáncer de mama en 2010, seguro que se hace en 2020, si ha existido una recidiva en 2017 considero que el asegurador puede preguntar acerca de ella y que la asegurada debería responder, infringiendo su deber de declarar el riesgo en caso de negarse o de ocultar esos antecedentes de salud).

3. La prohibición de discriminación del asegurado en toda clase de seguros tras la reforma de la d. adicional quinta LCS.

La d. adicional quinta fue introducida por la citada Ley 4/2018 de reforma del TRLDCU para no discriminar a los pacientes con SIDA, y según su exposición de motivos tal regulación, iniciativa del parlamento navarro, se justificaba por la necesidad de no estigmatizar a dichos pacientes por su enfermedad en la contratación de bienes y servicios. En concreto se decía que «la autonomía de la voluntad, reconocida a las partes por el Derecho privado, para establecer pactos y realizar contratos, no debe ser utilizada para discriminar a las personas por el solo hecho de tener una enfermedad u otra condición de salud. Por tanto, resulta precisa una ley que establezca la nulidad de cualquier cláusula, estipulación, condición o pacto, que discrimine o excluya a las personas citadas en tales circunstancias. Por tanto, esta ley responde a una necesidad de justicia social».

En su redacción original prohibía únicamente la discriminación de los pacientes con VIH, aunque parece que la cláusula de cierre a la que hicimos referencia permitía extender esa misma protección a otro tipo de enfermedades. La prohibición de discriminación del paciente VIH se llevaba a efecto prohibiendo al asegurador que pudiera impedir el acceso de dichos pacientes a la contratación de un seguro, que pudiera imponerles procedimientos de contratación distintos o que pudiera imponerles condiciones más onerosas. Esta misma protección se extiende ahora al paciente oncológico que ha superado un periodo de cinco años sin recaer, siendo lo más significativo que la protección se extiende a toda clase de seguros (a diferencia del art. 10 LCS, que ya se ha dicho que solo es aplicable al seguro de vida). No obstante, en el nuevo apdo. 2 referido a los pacientes oncológicos no se contiene la salvedad que rige para los enfermos de VIH.

III. CONCLUSIONES.

Este breve repaso de la nueva normativa nos deja más dudas que certidumbres. En todo caso, a la espera de lo que vayan asentando los tribunales, me permito extraer algunas conclusiones, que en todo caso anticipo que no han de entenderse como una crítica a los principios y finalidades de la reforma, sino como meras reflexiones sobre las razones que hay detrás de la misma y sobre el por qué el derecho al olvido oncológico se ha materializado en estos concretos términos y no en otros distintos. Estas conclusiones son las siguientes:

1.^a- Por aquello de que no cabe tratar jurídicamente por igual situaciones distintas, de que sin duda que el cáncer puede ser un hándicap para la plena participación de los enfermos oncológicos en la vida social en idénticas condiciones que los no enfermos, y en fin, de que corresponde a los Poderes Públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del derecho a la igualdad (art. 9.2 de la Constitución), puedo llegar a entender la *ratio legis* de la reforma, esto es, la decisión de discriminar positivamente a determinados asegurados que han superado patologías graves y que encuentran dificultades a la hora de hacer una vida normal, en concreto, al contratar productos y servicios como los seguros.

Pero si no olvidamos que el seguro es un contrato privado que se rige por la autonomía de la voluntad de las partes, también es razonable entender que la reforma, con la imprecisión e insuficiencia con la que se ha abordado, pueda generar preocupación en el sector asegurador al obviar que es el

concreto riesgo de cada enfermo (se suele decir que no existen enfermedades sino enfermos) el que va a condicionar en cada caso la decisión del asegurador de no asumir su cobertura o la de hacerlo en unas determinadas condiciones, diferentes según haya quedado delimitado el riesgo de cada asegurado en función de sus antecedentes de salud. La prohibición general e incondicionada, sin salvedad alguna, de no poder tomar en cuenta esos antecedentes oncológicos (aunque por el tipo de cáncer pueda existir riesgo de recidiva incluso después de cinco años) se va a traducir en que ese exceso de riesgo va a repercutir en los demás asegurados, con un incremento en sus pólizas. Ahora bien, tampoco puede negarse que los seguros de vida son un producto con muchísimo margen dada la baja siniestralidad (en torno al 30-35%)¹³ y el aumento de la expectativa de vida (lo que hace que la prima se pague durante más años).

2.ª.- Tomada la decisión de política legislativa de reconocer el derecho al olvido oncológico de pacientes que hayan superado el cáncer tras un periodo de tiempo sin recaer en su enfermedad, en mi opinión no existen (al menos aparentemente) razones objetivas que justifiquen que ese beneficio no se dispense a enfermos con padecimientos igualmente frecuentes como los problemas cardiacos, que por su gravedad, tienen tasas de letalidad incluso mayores que las del cáncer. Ni existe justificación para que la regulación de este derecho, en lo que atañe a la declaración del riesgo, se limite al seguro de vida y no a otras modalidades igualmente habituales como el seguro de asistencia sanitaria, pues con la regulación actual se puede llegar a la situación absurda de que un paciente que hace más de cinco años que no ha tenido una recaída de su enfermedad oncológica pueda suscribir un seguro de vida en iguales condiciones que un asegurado sin antecedentes oncológicos, pero que sin embargo, ese mismo paciente no pueda suscribir un seguro de asistencia sanitaria o de enfermedad sin que por el asegurador se valore negativamente su enfermedad pasada.

¹³ <https://www.pymeseguros.com/el-derecho-al-olvido-oncol%C3%B3gico-incidir%C3%A1-en-la-siniestralidad-y-las-primas>

BIBLIOGRAFÍA

-RODAS PAREDES, P. *El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos*. Diario LA LEY, Nº 10364, Sección Tribuna, 9 de octubre de 2023.

-ZAMORA MANZANO, J.L. y ORTEGA GONZÁLEZ, T. Y. *El derecho al olvido oncológico para eliminar la discriminación de bancos y aseguradoras*. Mayo 2023.

<https://ethic.es/2023/05/el-derecho-al-olvido-oncologico/>