

Esther TORRELLES TORREA: *El derecho al olvido oncológico* *

Felisa María Corvo López

Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

La monografía *El derecho al olvido oncológico* —primera que se publica en nuestro país sobre esta materia— es una obra de sumo interés en los tiempos que corren. No en vano, el cáncer es una lacra de la sociedad actual. Según la International Agency for Research on Cancer, en el año 2020 se diagnosticaron aproximadamente 18,1 millones de nuevos casos de cáncer en el mundo (excluyendo los tumores cutáneos no melanoma) y se espera que el número de casos nuevos aumente en las dos próximas décadas a 28 millones de casos nuevos al año en 2040. Ahora bien, la pandemia de la COVID-19 afectó al número de diagnósticos de cáncer en muchos países, por lo que muy probablemente el número de cánceres diagnosticados en 2020 fue inferior al número real de nuevos casos.

La obra se enmarca en dos proyectos de investigación: «Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos» (TED2021-129472B-00/MICINN), financiado por MCIN/AE/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGeneration EU/PRTR y PID2022-136964NB-I00 «El derecho ante la salud digital personalizada y robótica» (SALUDPYR) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033) y por FEDER Una manera de hacer Europa, así como en el GIR «Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables», de la Universidad de Salamanca, reconocido el 18/10/2018. Y, en ella, la Profesora TORRELLES TORREA (Profesora Titular —acreditada a Catedrática de Universidad— de Derecho civil de la Universidad de Salamanca) aborda —con gran sensibilidad y con la rigurosidad que la caracteriza— la reciente reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, en la Ley de Contrato de Seguro y en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, una disposición bienintencionada, pero

* TORRELLES TORREA, Esther: *El derecho al olvido oncológico*, Madrid, Atelier, 2023, 227 pp. ISBN: 9788410174344

insuficiente, que: 1) no viene a trasponer a nuestro Ordenamiento jurídico Directiva comunitaria alguna (contar con dicho instrumento habría sido deseable, pero resulta verdaderamente difícil, pues el acceso a los tratamientos de calidad no es igual en todos los países de la Unión y hay variaciones significativas en el ámbito económico de un Estado a otro); y 2) debe entenderse como el primer paso en aras a eliminar la discriminación de los supervivientes de cáncer, si bien debería extenderse a otras enfermedades, dando lugar no al derecho al olvido oncológico sino al derecho al olvido sanitario.

Está dividida en cinco capítulos, a lo largo de los cuales la profesora analiza la operatividad del derecho al olvido oncológico a la vista de la normativa actualmente en vigor dentro y fuera de las fronteras de nuestro país.

El primero se centra en la vulnerabilidad del paciente oncológico. La clave de bóveda de la regulación reside en determinar quién es el beneficiario del derecho al olvido oncológico; poniendo de relieve la falta de acuerdo en relación con lo que se entiende por superviviente de cáncer y desde qué momento lo es —algo imprescindible para identificar al colectivo vulnerable al que se pretende dotar de protección—, la autora se decanta por la definición que ofrece la OMS: «superviviente de cáncer es la persona que está libre de enfermedad oncológica tras haberse sometido al tratamiento quirúrgico de la enfermedad sin necesidad de tratamiento posterior o cuando ha terminado el tratamiento activo (quimioterapia o radioterapia)», debiendo entenderse comprendidas también las personas que sufren la enfermedad de forma crónica. Estas personas integran un colectivo vulnerable por cuanto, tras sufrir el azote del cáncer y conseguir superarlo, con frecuencia, sufren discriminación cuando intentan contratar un crédito o un seguro, y ello, aunque hayan transcurrido años desde que finalizaron sus respectivos tratamientos. El derecho al olvido oncológico que ahora se reconoce es el derecho de los pacientes con patologías oncológicas, una vez transcurrido un determinado periodo de tiempo, a no declarar o que no se tengan en cuenta sus antecedentes médicos para acceder, entre otros, a productos financieros o seguros. Ahora bien, —como indica la autora— su regulación no puede prescindir de los avances científicos y más concretamente de la medicina (determinantes en el aumento de la tasa de supervivencia) y, obviamente, ha de tener en cuenta los derechos fundamentales y los valores sociales existentes para los supervivientes de cáncer.

Los capítulos segundo y tercero presentan la evolución de la normativa en esta materia. A estos efectos, la autora diferencia, en primer término, el derecho al olvido sin calificativo (también denominado derecho de supresión) del derecho al olvido oncológico. El primero permite a los ciudadanos pedir a un buscador que borre los

enlaces a información personal no pertinente, aunque dicha información sea cierta y pública, cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia que exige el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, Reglamento General de Protección de Datos, y la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales. El segundo, en cambio, se define como el derecho a que no se tengan en cuenta los antecedentes oncológicos, especialmente por parte de las entidades financieras y aseguradoras. A partir de aquí, estudia la trayectoria legislativa del derecho al olvido oncológico.

La regulación de dicho derecho se ha introducido en nuestro Ordenamiento mediante la modificación del Reglamento General de conductores derivada de la Orden PCM/518/2023, de 26 de mayo y la reforma operada por el RD Ley 5/2023 en la Ley de Contrato de Seguro y en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, bajo el auspicio de la UE [Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2022, sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada (2020/2267(INI)); art. 14.4 Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE].

Con la primera, queda atrás la discriminación que sufrían las personas que habían superado un cáncer y solicitaban la renovación de la licencia de conducir. Tratándose de trastornos oncohematológicos, exige para la renovación de los permisos de conducción que dichas personas hayan superado tres años con remisión completa de la enfermedad. En los demás procesos oncológicos, no se establece plazo alguno; en consecuencia, siempre y cuando no exista evidencia de la enfermedad, no se esté recibiendo tratamiento adyuvante y se disponga de un informe favorable del especialista, gozan de los mismos derechos que cualquier otro ciudadano que no haya sufrido la enfermedad, pudiendo renovar su licencia de conducir cada diez años hasta los 65 años y cada cinco si superan dicha edad.

La segunda —el RD 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— es una norma excesivamente extensa, que aborda temas muy dispares, calificada por la Profesora TORRELLES como un mal ejemplo de praxis legislativa.

Antes de estas disposiciones, sólo contábamos con la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica tanto la Ley de Contrato de seguro como 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, una norma relativa a la no discriminación por ser portador de VIH/SIDA u otras condiciones de salud, que, si bien no se refiere expresamente al derecho al olvido sanitario, lo regula tácitamente. Probablemente el punto más controvertido de dicha ley resida en la determinación de los beneficiarios: ¿sólo enfermos de VIH/SIDA? ¿Qué otras enfermedades podrían entenderse comprendidas bajo el paraguas de la expresión «otras condiciones de salud»? Pero —como resalta la autora— no es el único: ¿qué procedimiento ha de seguirse en el caso de que haya discriminación? ¿la cláusula que prevea tal discriminación debe considerarse abusiva, lesiva o constituye una vulneración de los derechos fundamentales? La ley debería haber sido mucho más precisa, dejando claro: a) cuáles son las condiciones de salud que se protegen (convenimos con la autora en que debería ser una ley de ámbito general, no circunscrita al VIH/SIDA); b) los mecanismos a través de los cuales se puede reclamar la debida protección; y c) las situaciones que pueden ser objeto de reclamación.

La Profesora TORRELLES advierte las buenas intenciones del legislador, pero cuestiona con razón la forma en que se ha llevado a cabo: siguiendo la estela de la precitada Ley 4/2018, el RD Ley 5/2023 vuelve a parchear la normativa existente; lo ideal habría sido introducir la regulación con más orden y aprovechar la coyuntura para crear un cuerpo normativo propio relativo a la no discriminación en el ámbito sanitario. Llegados a este punto, estudia minuciosamente la regulación contenida en el RD Ley 5/2023 a través de adiciones.

El problema frente al cual viene a reaccionar la referida disposición —como decíamos— no es otro que el trato discriminatorio dispensado por entidades financieras y compañías de seguros a personas que han sufrido cáncer sin tomar en consideración el impacto del cáncer según el tipo y el grado de afectación; no en vano, cuando las entidades financieras ofrecen un préstamo (hipotecario o de otro tipo) suelen exigir la celebración de un contrato de seguro de vida, a fin de poder recuperar el préstamo en caso de fallecimiento del prestatario; en ese momento, el superviviente de cáncer debe responder un cuestionario de salud asociado al seguro, debe comunicar su enfermedad a la aseguradora y lo más frecuente es que la aseguradora se niegue a suscribir la póliza o acepte, pero incrementando las primas. ¿Resulta esto razonable cuando, por ejemplo, la persona, tras someterse al tratamiento correspondiente, se ha curado y no existe recidiva? El RD Ley 5/2023 se propone, por consiguiente, proteger la privacidad y la

dignidad de estas personas, a fin de evitar que sufran cualquier tipo de discriminación como consecuencia de su enfermedad. Para ello, modifica, en primer término, el art. 10 y la disposición adicional 5ª de la Ley de Contrato de seguro. En el art. 10, elimina la obligación de declarar si se ha padecido cáncer a la hora de suscribir un seguro de vida y prohíbe a las entidades aseguradoras que realicen distinciones en la contratación de un seguro a una persona que ha sufrido una patología oncológica una vez transcurrido un determinado periodo de tiempo desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior, periodo de tiempo que se cifra en cinco años. Se consagra así el derecho al olvido oncológico. A los ojos de la autora, habría sido deseable que, en vez de prohibir, declarara nula la contratación en que mediara tal discriminación. Sin duda, sorprende que la reforma acometida se centre únicamente en el seguro de vida. ¿Qué sucede con la contratación de seguros de asistencia sanitaria, salud, crédito...? En tales casos, existe obligación de declarar, pero, a la vista de lo previsto en la Disposición Adicional 5ª, las aseguradoras no pueden utilizar dicha información para denegar o hacer más gravoso el seguro. ¿Por qué aplicar el derecho a no declarar únicamente a los seguros de vida? La autora llama la atención también sobre la inexistencia de remedios legales para el caso de que no se haya declarado la enfermedad en el plazo de los cinco años siguientes a la finalización del tratamiento y el asegurador hubiese formalizado la póliza, pero incrementando la póliza o en otros términos diferentes, supuesto en el que tendríamos que recurrir a los vicios del consentimiento y analizar si concurre dolo. A fin de evitar fraudes, estima que habría sido más adecuado establecer que el asegurado debe informar y el asegurador no debe tenerlo en cuenta (como en Bélgica); con la regulación actual, es el asegurado el que cuenta el plazo de cinco años y no se le pide que lo acredite con el correspondiente informe médico. La Disposición Adicional 5ª, por su parte, reitera la prohibición de discriminar en la contratación por haber padecido cáncer si han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída y no se limita únicamente al seguro de vida, sino que se aplica a todos los seguros regulados en la Ley de Contrato de Seguro; tal discriminación puede derivar del hecho de que se deniegue el acceso a la contratación, se acuda a un procedimiento diferente al empleado habitualmente por la aseguradora, se impongan condiciones más onerosas, por ejemplo, pero el precepto termina con una cláusula abierta al señalar que no se podrá «discriminar de cualquier otro modo a una persona por haber sufrido una patología oncológica». Como acertadamente pone de relieve la autora, la técnica legislativa dista de ser la más adecuada, pues, en definitiva, el apartado que ahora se introduce reproduce el contenido con que ya contaba en relación con otras enfermedades; por otra parte, considera que podría haberse ampliado el espectro de enfermedades empleando una terminología generalista; se muestra crítica con el hecho de que se ofrezca una protección superior a los pacientes de VIH/SIDA en tanto en cuanto a ellos no se les exige un periodo de carencia, pero reconoce que la norma permite establecer

ciertas restricciones, admitiendo su exclusión de la contratación, el establecimiento de condiciones más onerosas si dichas circunstancias «se encuentran fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente». La disposición adicional permite al Gobierno —además— modificar el referido plazo de cinco años de forma conjunta o para patologías oncológicas específicas «en función de la evolución de la evidencia científica», por lo que, con el tiempo, podría elaborarse una lista de referencia de patologías oncológicas con buen pronóstico y fijar un plazo más breve. Como experta en Derecho de consumo que es, la autora dedica unas páginas al contrato de seguro como contrato de adhesión.

El RD Ley 5/2023 modifica, en segundo lugar, el TRLGDCU, concretamente la Disposición Adicional única, que viene a reputar nula toda cláusula, estipulación, condición o pacto que excluya a la parte que ha padecido cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato si han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior.

En definitiva, los principios que se introducen en la normativa con esta reforma son: la nulidad de las cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer, si han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída y la prohibición de establecer diferenciaciones en la contratación de seguros. Las consecuencias jurídicas en ambos textos legales, sin embargo, son distintas y difieren también de las atribuidas en los casos de VIH/SIDA, como podrá comprobar el lector.

Especialmente interesante es el capítulo cuarto, en el cual la Prof^a TORRELLES evidencia los retos que aún tenemos por delante en torno a la regulación del derecho al olvido oncológico. Con precisión de cirujano, hace una incisión en la ley para abordar los desafíos que genera la actual regulación: 1) resulta problemático el uso de la expresión “finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”, pues no se define en la ley, llevando al TS a entender en su Sentencia de 27 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4551) que estar en situación de supervisión o control facultativo de un cáncer entra dentro del concepto «tratamiento» y que quien teniendo antecedentes de cáncer «que le obligan a un control médico periódico por la posibilidad de recidivas o de complicaciones, infringe conscientemente su deber de declarar el riesgo si manifiesta no tener problema alguno de salud»; convenimos con ella en que es fundamental que el legislador aclare qué debe entenderse por «finalización del tratamiento radical sin recaída», pues no es lo mismo empezar a contar el plazo de cinco años desde el final del tratamiento que desde el final de los controles médicos, los cuales pueden y deben prolongarse más en el tiempo; como en otros Ordenamientos de nuestro entorno, la

finalización del tratamiento radical debe equipararse a “finalización de tratamiento activo”; 2) ante la disparidad de plazos contemplados en la Directiva (UE) 2023/2025 de crédito al consumo (15 años) y en la normativa nacional de Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal (10 años), Rumanía (7 años), Francia y España (5 años), considera necesario establecer el momento en el que desaparece (o se reduce drásticamente) el riesgo de que aparezca la enfermedad; estima razonable la fijación del plazo en cinco años con carácter general, pues abarca la mayor parte de las situaciones con disminución de riesgos, pero se muestra partidaria de establecer un cuadro de referencias con plazos diferentes en función del tipo de tumor sin recaída como Bélgica, Francia y Luxemburgo, lo que exigiría la creación de un registro centralizado de tumores; por otra parte, dada la diferencia de plazos contemplados en el Reglamento de Conductores tras la Orden PCM/518/2023, de 26 de mayo, recomienda armonizar los plazos, aunque es consciente de que el riesgo de sufrir un accidente por tener cáncer no es el mismo que el riesgo de fallecer o volver a enfermar; 3) ¿a partir de qué momento se aplica el derecho al olvido en caso de recaídas posteriores? 4) la literalidad de la norma no permite beneficiarse del derecho al olvido a los pacientes que conviven con la enfermedad de forma crónica, aunque no esté en riesgo su supervivencia (como en otras enfermedades crónicas), pues no existe una remisión completa; apoyándose en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, defiende la aplicación del derecho al olvido en estos casos “desde el momento en que el facultativo determine la fase de cronificación de la enfermedad”; 5) dado que las secuelas son consecuencia de la enfermedad, no pueden entenderse en el sentido de que el tratamiento no ha finalizado; ahora bien, podrán ser tenidas en cuenta a la hora de calcular el riesgo o las primas, igual que las secuelas de cualquier otra enfermedad; cuestión distinta es que tales secuelas puedan afectar a la inserción laboral del superviviente de cáncer, determinar la necesidad de realizar adaptaciones en el puesto de trabajo, conducir a una declaración de discapacidad o dar lugar al reconocimiento de un determinado grado de dependencia; 6) a la vista del silencio de la norma, ¿cabe aplicar la nueva normativa a situaciones pasadas de pacientes a los que se les haya denegado un préstamo o un seguro?; 7) ¿Qué pasa en caso de incumplimiento de la norma por parte de las entidades financieras o de las aseguradoras o por parte del superviviente de cáncer?

No duda nuestra autora en llamar la atención sobre la discriminación que pueden sufrir los pacientes de otros tipos de enfermedades como la hepatitis C o la diabetes y aquéllos que cuentan con una predisposición genética a sufrir alguna patología. Tras preguntarse si cabe extender el derecho al olvido a otras enfermedades, repasa los mecanismos a que estos podrían recurrir poniendo de manifiesto los inconvenientes que suscita cada uno de ellos: a) aplicación analógica de la norma objeto de estudio; b) alegación ante los tribunales de la vulneración de un derecho fundamental (bien el consagrado en el art. 14

CE, bien el consagrado en el art. 18 CE); c) recurso a mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos; d) denuncia ante la Agencia Estatal de Protección de Datos; e) vinculación de las enfermedades distintas de VIH/SIDA o cáncer a la discapacidad; f) aplicación de la normativa protectora de los consumidores; a su modo de ver, el principal argumento que permite proteger de cualquier discriminación a otras personas enfermas es precisamente la Ley 15/2022, que prohíbe la discriminación por enfermedad o condición de salud. En punto a la discriminación que pueden sufrir aquellos que tienen una predisposición genética a sufrir alguna patología, sostiene que no tiene sentido permitir que el asegurador tome en consideración los datos del potencial asegurado arrojados por un test genético sobre una posible enfermedad futura e incierta.

Culmina este cuarto capítulo con un más que pertinente estudio de las consecuencias que el derecho al olvido oncológico presenta en el ámbito económico —en otras palabras, ¿cómo repercute este derecho en las entidades financieras y aseguradoras?— y la utilización de algoritmos por parte de las entidades financieras y de las compañías aseguradoras para la discriminación de los supervivientes de cáncer, por cuanto la IA puede predecir las recaídas de un paciente oncológico antes de que sucedan a partir de un análisis de las historias clínicas electrónicas de miles de pacientes, llegando a la conclusión de que es preciso entrenar a los algoritmos hacia la no discriminación de los supervivientes de cáncer.

El último capítulo ofrece una exhaustiva visión panorámica de la regulación del derecho al olvido oncológico en el ámbito internacional, prestando especial atención a la regulación en diversos países europeos como Francia (primer país que introdujo en su normativa el derecho al olvido oncológico, cuya regulación es más minuciosa que la española y procura equilibrar todos los intereses en juego), Bélgica (su régimen también favorece al superviviente de cáncer más que el español, dado el establecimiento de plazos diferentes en función de la patología y de un régimen transitorio), Países Bajos, Portugal, Rumanía, Italia o Chipre y los códigos de conducta aprobados en Luxemburgo e Irlanda; asimismo refleja el estado de la cuestión en Reino Unido, Suecia, Dinamarca y la República Checa. Cierra el capítulo comentando la regulación de los dos países latinoamericanos que han ordenado el derecho al olvido oncológico: Perú y Chile, contando este último con una regulación muy similar a la española.

Como puede verse, nos encontramos ante un trabajo concienzudo, completo, de rabiosa actualidad, que está en condiciones de erigirse en obra de referencia en la materia, y que, ojalá, sea tenido en cuenta por el legislador al trasponer la Directiva (UE) 2025/2023, de crédito al consumo, en orden a resolver las dudas que plantea la actual normativa, eliminar las incoherencias evidenciadas por la autora y fortalecer, en

definitiva, el régimen de protección de los supervivientes de cáncer y otras enfermedades.