

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 22 y 23 , Época II, 2023

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOÁ

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa***

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad
Católica del Uruguay***

ARNEL MEDINA CUENCA

**Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.**

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana**

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
**Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

OLVIDO ONCOLÓGICO: PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y NO DISCRIMINACIÓN¹.

María Angeles Egusquiza Balmaseda
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2023
Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2023

RESUMEN: La tipificación del “derecho al olvido” en el art. 17 del Reglamento General de Protección de Datos supuso la consolidación de un nuevo baluarte para la privacidad de la persona y tutela de sus intereses frente a informaciones pasadas. En este contexto el “derecho al olvido oncológico” emerge como una medida singular. Ligada al tratamiento de datos de salud atinentes al cáncer superado, persigue acotar las limitaciones impuestas en el mercado en el acceso a la contratación. El reconocimiento de esta realidad en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022 y su tipificación legal por algunos países de la Unión Europea han impulsado un movimiento normativo, al que se ha sumado recientemente España, en el que se aboga por la no discriminación en la contratación para quienes han curado de la enfermedad.

ABSTRACT: The classification of the “right to be forgotten” in art. 17 of the General Data Protection Regulation meant the consolidation of a new bastion for the persons’ privacy and the protection of its interests against past information. In this context, the “oncological right to be forgotten” emerges as a unique measure. Linked to the processing of cancer related health data, it seeks to narrow down the limitations imposed on the market as to access to contracting. The recognition of this reality in the European Parliament Resolution of February 16, 2022, and its legal classification by some European Union member states, has promoted a regulatory movement, which Spain has recently joined, that advocates for non-discriminatory hiring in favor of those who have healed from the disease.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido, olvido oncológico, cáncer, datos de salud, no discriminación, seguro y contratación de consumo.

KEYWORDS: Right to be forgotten, oncological right to be forgotten, cancer, health data, non-discrimination, insurance and consumer contracting

¹ Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación: TED2021-129472B-00/MICINN “Next Generation EU/PRTR”. “Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos”. Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España. IP Profa. Dra. Raquel Luquin Bergareche,

SUMARIO: 1.- Privacy, protección de datos y derecho al olvido. 2.- Sustantividad del derecho al olvido: el “olvido oncológico”. 3.- Regulación del derecho al olvido oncológico. 3.1.- Impulso del Parlamento Europeo. 3.2.- El derecho al olvido oncológico en la Unión Europea. 3.2.1.- Panorama general. 3.2.2. Derecho al olvido oncológico en Francia. 3.2.3. Régimen del “olvido oncológico” en Bélgica. 3.2.4. Regulación del derecho al olvido oncológico en Portugal 4. Derecho al olvido oncológico en España. 4.1.- Antecedentes de la norma. 4.2. Previsiones del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: tratamiento de datos en la contratación de seguro y de consumo. 4.2.1. Modificación de la Ley del Contrato de Seguro. 4.2.2. Reforma del TRLGDCU: contratación realizada por consumidores con antecedentes oncológicos. 5. Reflexión final. 6. Bibliografía.

1. PRIVACY, PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL OLVIDO

El camino recorrido desde que Warren y Brandeis postularan “The right to privacy” en el siglo XIX, como un derecho de la personalidad, ha supuesto su evolución material y conceptual². El ajuste de la *privacy* a los nuevos escenarios sociales y tecnológicos ha generado que algunas de sus manifestaciones hayan tenido una consideración independiente y propia. La tipificación del derecho a la protección de datos personales, y su tutela frente al empleo de herramientas y sistemas informáticos, constituye el exponente más relevante. Del derecho a la protección de datos penden o se desgajan otros derechos o facultades que persiguen dar una respuesta certera y acabada a los diversos problemas que suscita el acceso, tratamiento y análisis de los datos personales en las distintas facetas de la vida.

En el ámbito europeo, la idea de la *privacy* como *right to be alone*, que supone reconocer al individuo el control de la información que el resto tenga sobre él, tuvo su protección original bajo el amparo del Convenio Europeo de Derecho Humanos³. Esta se defendió sobre las bases que ofrece el art. 8 del CEDH, en su relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde momentos tempranos, antes incluso de que emanara legislación europea sobre la protección de datos, el TEDH vino considerando que la recogida de datos implicaba una lesión a la vida privada de la persona (asuntos Leander c. Suecia, 16-3-1987; Gaskin c. Reino Unido, 7-7-1989; Z c. Finlandia, 25-2-1997).

La evolución posterior supuso el despliegue de una intensa actividad legislativa. A la Directiva 1995/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, le siguieron otras directivas en la materia⁴, y la reforma en 1997 del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam). Este incluyó, en su art. 286, un mandato de respeto y observancia a ese derecho dirigido a las instituciones y organismos de la UE, que se materializó en el Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

Con el advenimiento en el año 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la protección de datos de carácter personal se consagró, art. 8, como un derecho

² WARREN S. y BRANDEIS L., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5, pp. 193-220; GLANCY D., “The invention of the Right to Privacy”, *Arizona Law Review*, 1979, vol. 21, núm. 1, pp. 1-39.

³ Cf. DI PIZZO CHIACCHIO A., *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018, pp. 33 y ss.

⁴ Directivas 97/66 CE, 2002/58 CE y 2006/24 CE.

independiente y desgajado del “respeto a la vida privada” -art. 7-, adquiriendo una entidad y autónoma propias ⁵.

La incorporación del derecho “a la protección de los datos de carácter personal” al art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha culminado el proceso de su consolidación como derecho fundamental, vinculante para todos los Estados que integran la UE.

Sobre estas bases, y una voluntad de mayor armonización, a la que no es ajena la necesidad de dar una respuesta homogénea a la problemática que involucra el empleo de los datos, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, actuó normativamente a fin de sustituir las regulaciones precedentes por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, derogando la Directiva 95/46/CE (RGPD).

Entre los nuevos derechos que reconoce aquella se halla el tipificado como “Derecho de supresión (derecho al olvido)” -art.17 RGPD⁶. En el RGPD se regula sin una acotación material, aunque su trasfondo es la conocida decisión del TJUE, sentencia de 13 de mayo de 2014, caso Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, sobre el acceso y mantenimiento de informaciones pasadas de la persona que constan en medios digitales. El “derecho al olvido digital” o, como se ha señalado por algún autor, el “derecho a ser olvidado”⁷ se propone en reacción a la hipermnnesia de internet y control de la persona sobre su llamada huella digital⁸. No extraña, en consecuencia, que la acotación genérica que establece el RGPD del “derecho olvido” a las informaciones o datos personales, se concrete en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, para las “búsquedas en Internet” -art. 93- y “servicios de redes sociales y servicios equivalentes” -art. 94-.

Detrás de todo ello se halla el interés tangible de que el tratamiento de tales datos no impliquen para la persona la adopción de decisiones que le puedan resultar, de una manera u otra, perjudiciales.

La toma de decisiones y el perfilamiento del sujeto, atendiendo a la información que se tiene sobre la persona, son cuestiones sobre las que RGPD sólo abunda en cuanto pueden producirse de manera automatizada y sin intervención humana. A este respecto el art. 22.1 del RGPD reconoce que “el interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. La tutela no va más allá.

Aquellos quedan excepcionados cuando la decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, existe una habilitación legal o ha mediado un consentimiento explícito por el interesado (art. 22.2.a, b y c RGPD).

En tal contexto el “derecho al olvido” se configura como un mecanismo que permite que determinados datos o informaciones pasadas no condicionen o lastren de futuro la vida o

⁵ “Protección de datos de carácter personal.

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.

2. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación”.

⁶ Cf. BERROCAL LANZAROT A.I., *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, 2017, pp. 201 y ss.

⁷ DI PIZZO CHIACCHIO A., Ob. cit., pp. 64 y ss.

⁸ MARTINEZ CALVO J., *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 63 y ss.

desarrollo de la persona. Concreta y pondera legalmente las informaciones que son adecuadas, cuantitativa y cualitativamente, en un tratamiento pues ningún derecho resulta incondicionado. La definición de hasta qué punto cabe un legítimo tratamiento de determinadas informaciones, en atención a los intereses y derechos que entran en juego, conforma la base del “olvido” con el que se persigue que las decisiones de presente, que afectan a la persona, no se realicen sobre datos que no se ajustan a su realidad actual.

2. SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO: EL “OLVIDO ONCOLÓGICO”

La tipificación en el art. 17 del RGPD del “derecho al olvido” ha supuesto que, más allá de los derechos ARCO, éste se haya reconocido como un nuevo derecho ligado a la protección de datos⁹. Su definición general, vinculada a los entornos digitales, supone algo más que una concreción o particularidad del ejercicio de los derechos de oposición y cancelación¹⁰. Implica la posibilidad de que la autodeterminación informativa resulte material y legalmente acotada en ámbitos o parcelas concretos de la vida. La posibilidad de que informaciones pasadas del sujeto puedan ser “suprimidas”, o no tenidas en cuenta, a fin de evitar una discriminación o valoración negativa de la persona, en esta era del big data¹¹, conforman su raíz fundamental. De ellas dependen que se preserven derechos básicos del individuo en el ámbito social, así como su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

La propia raíz lingüística de “derecho al olvido” ofrece una idea de su objeto y dimensión. Expresiones acuñadas en el siglo pasado en Italia (“diritto all’oblio”) y Francia (droit à l’oubli)¹², con las que se significaba el derecho de los condenados penalmente, y rehabilitados, a que los hechos relativos al delito cometido o su condena no se publicaran, ofrecen la dimensión que se persigue con esta tipificación.

En este contexto, la regulación del “olvido oncológico” se plantea como una fórmula que permite dibujar el alcance de las excepciones que contempla el art.17 del RGPD en el tratamiento de los datos de salud de la persona. Así, aun cuando el art. 9.1 del RGPD prohíbe el tratamiento de estos datos, por conformar una de las categoría especiales con un potencial altamente discriminador, éste resulta legítimo cuando se precisa por alguna de las causas previstas legalmente.

El art. 6.1.b) del RGPD faculta el tratamiento de los datos “cuando es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”. Esta excepción se plantea igualmente cuando media un consentimiento explícito del interesado (art. 9.2.a) del RGPD-, situación que se produce al efectuar el interesado una contratación que involucra a su salud.

En la contratación de seguros de vida, incapacidad, enfermedad, etc., el tratamiento de los datos de salud del asegurado por la empresa aseguradora se torna un elemento necesario para la conclusión del negocio, ya que de ello depende la delimitación del “riesgo asegurado”. Aquí la obtención y tratamiento de esas informaciones se encuentran legitimadas por la acotación del riesgo asegurado que pueda acontecer. Este es un aspecto que afecta a la aleatoriedad del contrato, formando parte de su protocolo de formación y perfeccionamiento. La aplicación de modelos matemáticos y técnicas actuariales predictivas, por aseguradoras y empresas financieras, en la que se suelen emplear de manera indiscriminada las informaciones pasadas, presentes y futuras de la persona, más allá del estado actual de quien quiere contratar y sufrió cáncer, constituye el telón de fondo

⁹ En tal sentido BERROCAL LANZAROT A.I., Ob. cit., p. 2015.

¹⁰ MARTINEZ CALVO, J., Ob. cit., pp. 79 y ss.

¹¹ En el ámbito digital, cf. SANCHO LÓPEZ M., *Derecho al olvido y big data: dos realidades convergentes*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 311.

¹² DI PIZZO CHIACCHIO A., Ob. cit., pp. 69 y ss.

de esta regulación. La minimización o exclusión del riesgo, en esa tendencia constatable hacia la antialeatoriedad¹³, o la búsqueda de una total certidumbre en el cumplimiento de las obligaciones financieras, hacen que pueda resultar cuestionable, desde una perspectiva global, la licitud del tratamiento de cualquier información; máxime cuando el resultado supone una negativa a la contratación de presente por informaciones no vigentes¹⁴.

El derecho al “olvido” marca, ponderando los intereses en juego, el límite legal al tratamiento de los datos de salud sobre el cáncer. Delimita los datos que, en tal caso, son adecuados, pertinentes y lícitos para ser procesados cuando se lleva a cabo una contratación, fijando los contornos del principio de minimización de las informaciones de salud personales -art. 5.1.c) RGPD- y de licitud en su tratamiento -art. 6.1.b) RGPD-.

3. REGULACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO

3.1. Impulso del Parlamento Europeo

La experiencia vivida de forma, más o menos habitual, en la denegación de la contratación de seguros y préstamos a quien ha sufrido cáncer ha llevado a que, dentro del paquete de medidas impulsado por la Unión Europea en la lucha contra esta enfermedad, se haya propuesto una acción concreta para enmendar esta situación.

La 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)), en el capítulo dedicado al apoyo a los pacientes de los supervivientes y los cuidadores, se incluye el llamado “derecho al olvido oncológico” como un instrumento para lograr aquel objetivo.

La Resolución insta de una manera general a las legislaciones nacionales de la Unión Europea a que garanticen que los supervivientes de cáncer no sean discriminados respecto a otros consumidores. Para ello toma como ejemplo el desarrollo normativo que fue llevado a cabo en Francia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos. Avanza, además, el proyecto de una normativa armonizada sobre el tema, que tendría amparo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Las competencias que se atribuyen a la Unión, en materia de protección al consumidor, facultarían que, mediante directiva, se establecieran criterios concurrentes para la valoración de la solvencia y riesgo en el ámbito asegurador y del crédito, con un horizonte normativo que se fija para el 2025.

Los parámetros que se propone para integrar el contenido de este derecho al “olvido”, exclusión del tratamiento de esas informaciones pasadas, se concretan en el transcurso de diez años desde la finalización del tratamiento médico, o de cinco si el diagnóstico de la enfermedad se realizó al paciente antes de los 18 años. Estos límites temporales se ajustan a las previsiones inicialmente fijadas por las legislaciones reseñadas, aunque, a fecha de hoy, algunas de ellas han reducido esos parámetros temporales.

¹³ VEIGA COPO A.B., *Tratado del contrato del seguro*, T.I, 6ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2019, pp. 188 y ss.

¹⁴ Sobre la cuestión de la utilización del big data y su incidencia en la propia percepción de la aleatoriedad, VEIGA COPO A.B. (*Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 506 y ss.) quien pone de relieve el conflicto que plantea.

3.2. El “derecho al olvido oncológico” en la Unión Europea

3.2.1. Panorama general

Junto con los estados inspiradores de la Resolución -Francia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos-, han regulado el derecho al “olvido oncológico” Portugal y Rumania. A este grupo de países se ha unido, recientemente, España; y, en breve, parece que se sumará Italia, culminando el proceso de su tipificación.

Los perfiles y requisitos fijados en cada una de esas legislaciones no son coincidentes, ni en su configuración temporal, ni en su dimensión contractual. Un repaso de las normas más significativas permite comparar y reflexionar sobre la regulación introducida en España y la proyección que ésta puede tener en la práctica.

3.2.2. Derecho al olvido oncológico en Francia

Se introdujo por la Ley de modernización del sistema nacional de salud de 2016. La norma establecía que, en el marco de los contratos de seguro o préstamo, las agencias aseguradoras no podían recopilar información médica, relativa a patologías cancerosas, más allá de los diez años de la finalización del protocolo terapéutico o, tratándose de patologías cancerosas producidas antes de los dieciocho años de edad, desde los cinco años de su terminación. Los ex enfermos de cáncer contaban con el derecho, después de transcurridos esos plazos, a no declarar sobre tal información al contratar un seguro o préstamo; y, en consecuencia, a no estar sujetos a ninguna exclusión de garantía o franquicia debidas a las enfermedades cancerosas padecidas.

La regulación se complementaba, Decreto núm. 2017-147, con la obligación de información. Sobre el asegurador recaía la responsabilidad legal de entregar el “documento informativo sobre el derecho al olvido” a quienes pedían contratar un seguro de reembolso de crédito, junto con el formulario de declaración de riesgo.

Para garantizar la observancia, el Decreto núm. 2017-173, de 13 de febrero de 2017, preveía un régimen sancionador, aplicable a las aseguradoras que no cumplieran con las exigencias legales.

Estas previsiones se conjugaban con los acuerdos recogidos en el Convenio AERAS, en el que participan todos los actores implicados: Estado, las organizaciones profesionales que representan a las entidades de crédito, las compañías financieras, las compañías de seguros, las mutuas y las instituciones de previsión, así como las organizaciones nacionales que representan a los pacientes y usuarios del sistema sanitario o a las personas con discapacidad. La finalidad perseguida era la de facilitar el acceso a los seguros y préstamos a las personas que tenían un riesgo agravado de estado de salud o discapacidad, definiendo los procedimientos de información, investigación de expedientes y mediación para el caso de conflicto.

El Convenio se aplicaba, bajo determinadas condiciones, a los seguros de consumo, inmobiliarios y préstamos profesionales. Para los préstamos hipotecarios (inmobiliarios y profesionales), se establecía un importe máximo de 320.000 euros y un límite de edad en el prestatario de 70 años. En el caso de los préstamos al consumo, el importe máximo que se podía conceder, sin cuestionario de salud, se situaba en los 17.000 euros.

Una "tabla de referencia", incorporada al Convenio AERAS, definía para cada patología el plazo tras el cual los antiguos pacientes podían contratar el seguro sin exclusiones de cobertura, ni deber de abono de una prima extra, con condiciones semejantes a las personas

que no habían padecido la enfermedad. Los plazos, según disponía la ley, resultarían anualmente actualizados en función de los avances en el tratamiento y datos científicos sobre el cáncer.

El correcto cumplimiento del Convenio se confiaba a un Comité de seguimiento que, junto con los Comités de estudios e investigaciones y el de mediación, se encargarían del análisis de mortalidad y morbilidad causadas por las principales patologías, así como del examen de las quejas individuales formuladas por los solicitantes de préstamo.

En julio de 2019 se incorporaron al cuadro del Convenio AERAS nuevos tipos de patología, extendiéndose el régimen al cáncer de riñón, leucemia, cáncer de próstata, fibrosis quística, hepatitis C e infección por VIH.

La ley n° 2022-270 de 28 de febrero de 2022, para un acceso más justo, sencillo y transparente al mercado de seguros para prestatarios, ha introducido nuevas medidas y modificado las previsiones reseñadas.

Ha reducido a cinco años, para todo supuesto, el período de cómputo para el “olvido” finalizado el protocolo terapéutico. De esta forma las aseguradoras no podrán recopilar la información médica relacionada con patologías cancerosas y hepatitis viral C más allá de tal lapso temporal (párr. 4° del artículo L. 1141-5 del Código de salud pública).

También ha incidido en la regulación del Código de Seguros, art. 113.2.1, eliminado el cuestionario de salud para la contratación del seguro de reintegro total o parcial de las cuotas de los préstamos suscritos que se destinen a la construcción, adquisición o mantenimiento de edificaciones, y compra de terrenos con ese objeto. A tal fin dispone que no se tendrá en cuenta ninguna información relativa al estado de salud, ni se podrá solicitar por el asegurador reconocimiento médico del asegurado, siempre que el crédito pendiente de pago acumulado no exceda de 200.000 euros, por asegurado, y el plazo de amortización del préstamo contratado no se extienda para éste más allá de la edad de 60 años.

3.2.3. Régimen del “olvido oncológico” en Bélgica

En el caso de Bélgica, la Ley de 4 de abril de 2019, modificadora de la Ley de seguro de 4 de abril de 2014, introdujo la regulación en su artículo 61, fijando la información médica que, en este ámbito, debe proporcionarse para la contratación. Las previsiones han sido ulteriormente reajustadas, estableciéndose su aplicación para los contratos de seguro que garantizan el reembolso del capital en los préstamos hipotecarios y de crédito profesional.

Las nuevas disposiciones del artículo 61/2 establecen que las personas que estén o hayan estado afectadas por una patología cancerosa, cualquiera que sea su tipo, y que deseen contratar un seguro de los referidos en el artículo 61/1,1°, deberán declarar dicha patología a su asegurador, de conformidad con el artículo 58. A ello se añade la prohibición impuesta a las compañías de seguros, transcurrido un periodo de ocho años después de finalizar un tratamiento exitoso y en ausencia de recaída dentro de ese período, de que tuvieran en cuenta la información sobre esa enfermedad para determinar el estado de salud actual, según lo previsto en el artículo 61. En el caso de que la persona no alcance 21 años, en el momento del diagnóstico de la patología cancerosa, el plazo al que se refiere el apartado 1 se fija, como máximo, en cinco años. El tratamiento exitoso se define en la norma como un tratamiento activo sobre la patología cancerosa que se hubiera finalizado sin nueva aparición de la enfermedad.

Las previsiones se complementan, art. 61/4, con una tabla de referencia en la que se concretan las categorías de edad y/o tipos de patologías cancerosas a las que les serán de aplicación esas medidas dentro de los periodos fijados. Se dispone, igualmente, que esta

tabla pueda ser modificada, previa propuesta del Centro Federal de Especialización Sanitaria y asesoramiento de la Oficina de Control de Precios, indicando las enfermedades crónicas en las que no cabrá exigir por la aseguradora una prima suplementaria, fijar una exclusión, o negarse por tal causa a la conclusión el contrato. Al Centro Federal de Especialización Sanitaria se le encomienda que evalúe cada dos años el contenido tabular, a fin de proceder a su adaptación conforme a los avances médicos y datos científicos disponibles sobre las patologías insertas.

3.2.4. Regulación del derecho al olvido oncológico en Portugal

Esta ha sido incorporada por la Ley núm. 75/2021, de 18 de noviembre, de refuerzo al acceso a contratos de crédito y seguros de personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, de prohibición de prácticas y establecimiento del derecho al olvido, y modificación de la Ley 46/2006, de 28 de agosto, y régimen jurídico del contrato de seguro, que se disciplina en el Decreto Ley nº 72/2008.

El artículo 3 fija la dimensión y perfiles del “derecho al olvido”, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se prevé para las personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, según la definición que establece la ley¹⁵. En virtud del derecho al olvido se les garantiza, como consumidores, que al contratar créditos para la vivienda y créditos al consumo, así como seguros obligatorios u opcionales asociados a dichos créditos: a) no puedan estar sujetos a un aumento de la prima del seguro, ni a la exclusión de garantías de los contratos de seguro; y b) ninguna información de salud relativa a la situación médica que *dio origen al riesgo agravado* para la salud o la invalidez pueda ser recogida o tratada por entidades de crédito o aseguradoras en un contexto precontractual. Asimismo, prevé que ninguna información de salud, relativa a una situación de riesgo de salud agravado o de invalidez, pueda ser recogida por entidades de crédito o aseguradoras en un contexto precontractual desde que haya discurrido de forma ininterrumpida durante: a) 10 años desde la finalización del protocolo terapéutico, en caso de riesgo para la salud agravado o invalidez superada; b) cinco años desde la finalización del protocolo terapéutico, cuando la patología superada tuvo lugar antes de los 21 años; o c) dos años de protocolo terapéutico continuado y eficaz, cuando se trate de riesgo para la salud agravado o invalidez atenuada.

El incumplimiento de esta normativa antidiscriminatoria va unido al control y sanción administrativa.

Cabe destacar que la regulación sobre el “derecho al olvido” no se limita a las situaciones oncológicas. La nueva redacción del artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro considera prácticas discriminatorias, por discapacidad o riesgo agravado para la salud, las acciones u

¹⁵ El artículo 2 indica que a los efectos de la ley, se entiende por: a) personas que tienen superadas situaciones de riesgo para su salud, las que estuvieron en riesgo grave de salud, y que ya no se encuentran en esa situación tras la realización de un protocolo terapéutico que haya demostrado ser capaz de limitar de forma significativa y duradera sus efectos; b) personas que tienen superadas situaciones de deficiencia, las que habiendo tenido una discapacidad igual o superior al 60% han recuperado sus estructuras o funciones psicológicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas, reduciendo su discapacidad por debajo de ese umbral; c) personas que han mitigado situaciones de riesgo agravado para su salud o deficiencia, las que se encuentren realizando tratamientos que comprobadamente son capaces de limitar de forma significativa y duradera los efectos de su situación de riesgo agravado para la salud o la discapacidad; y c) consumidor, quien aparece definido como tal en el apartado 1 del artículo 4 del Decreto-Ley nº 74-A/2017, de 23 de junio, por el que se transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito al consumo de inmuebles residenciales, y el apartado a) del apartado 1 del artículo 4 del Decreto-Ley 133/2009, de 2 de junio, por la que se transpone al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, en materia de contratos de crédito al consumo.

omisiones intencionadas o negligentes que vulneren el principio de igualdad, dando lugar a un trato menos favorable para una persona en esa situación que el otorgado a otra persona en situación comparable, en los términos de la Ley 46/2006, de 28 de agosto. Dispone, además, expresamente la prohibición de prácticas que discriminen entre la salud física, mental o psíquica en la celebración, ejecución y resolución del contrato de seguro.

La aseguradora que deniegue la contratación, proponga una prima más alta o condiciones más gravosas, tiene la obligación de ofrecer al consumidor afectado la información que motiva esa decisión, en atención a los factores de riesgo específicos y personales que concurren en éste, comparándolos con los del sujeto no afectado por esa deficiencia o riesgo agravado de salud. La contratación que suponga un tratamiento distinto o agravado, además de estar avalada por razones objetivas y exigirse justificación, se halla sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Seguros y Fondos de Pensiones (ASF).

El sistema se encuentra ligado a un acuerdo nacional sobre el acceso al crédito y a los contratos de seguro para las personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, concluido entre el Estado y todos los sectores implicados - asociaciones sectoriales representativas de las entidades de crédito, empresas financieras, mutualidades, instituciones de seguridad social, compañías de seguros y reaseguros, y organizaciones nacionales que representen a las personas con mayor riesgo para la salud, con discapacidad y usuarios del sistema de salud-.

El acuerdo tiene por objeto garantizar que las entidades de crédito y empresas financieras efectúen un tratamiento contractual no discriminatorio y respeten los derechos de las personas que han superado o mitigado situaciones de riesgo agravado en la salud o invalidez. En él también se fijan cuestiones relevantes para la práctica, como la definición de las categorías específicas de datos e informaciones que pueden ser requeridas y las operaciones sobre su procesamiento; la fijación de un cuadro de referencia con los términos y plazos del “derecho al olvido” para cada patología o discapacidad de acuerdo con los avances terapéuticos, los datos científicos y los conocimientos sobre riesgo de salud, que será público y revisable cada dos años; o los mecanismos de mediación para la resolución de conflictos.

4. DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO EN ESPAÑA

4.1.- Antecedentes de la norma

En el caso de España, el grupo parlamentario socialista había presentado una proposición no de ley sobre la materia a comienzos del año 2023¹⁶. En ella se hacía referencia a lo reseñado en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022, poniendo énfasis en las legítimas expectativas de más de 12 millones de supervivientes de cáncer y sus familias. Se aludía a la existencia en España de un desarrollo legislativo anterior, la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modificó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, promulgada a fin de evitar, en la contratación de prestaciones y servicios, la discriminación de las personas afectadas de VIH/SIDA u otras condiciones de salud. La proposición recordaba el compromiso recogido en la Ley 4/2018 de extender tales principios a otras patologías, como la del cáncer, e instaba al Gobierno para cumpliera con éste.

¹⁶ Boletín Oficial de las Cortes de 10 de febrero de 2023.

No se tuvo más noticia sobre esta iniciativa hasta que, de manera un poco sorprendente y hurtando el debate parlamentario, la norma vio la luz¹⁷.

El "derecho al olvido oncológico" se incluyó como una previsión más dentro de la miscelánea de regulaciones del "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".

La regulación se inserta en el Capítulo II, Disposiciones para hacer efectivo el derecho al olvido oncológico, del Título V, Medidas de carácter sanitario, social y económico, del Libro Quinto, Adopción de medidas urgentes en el ámbito financiero, socioeconómico, organizativo y procesal.

Se justifica en la pretensión de facilitar la contratación de seguros y productos bancarios a los pacientes de patologías oncológicas, una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la finalización del tratamiento sin recaída. La disciplina fijada en los arts. 209 y 210 del Decreto-Ley 5/2023 proyecta, sin embargo, un campo de actuación mayor, como se verá a continuación.

4.2. Previsiones del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: tratamiento de datos en la contratación de seguro y de consumo

4.2.1. Modificación de la Ley del Contrato de Seguro

El trasfondo de la reforma tiene como protagonista la rica problemática sucedida alrededor de la valoración del comportamiento leal del tomador del seguro en su obligación de declaración del riesgo¹⁸. Casos como el resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2020, en el que el cáncer de mama de la asegurada, padecido hacía diez años, fue una información omitida en la contratación del seguro de vida, que supuso que se entendiera infringido el deber de declaración del riesgo¹⁹ y que se denegara la prestación contratada, fundamentan en este ámbito la "mens legislatoris".

El art. 209 del RDL 5/2023 ha incidido sobre ese aspecto neurálgico del que depende tanto la formación del contrato como la efectividad de la prestación perseguida por el asegurado: la definición del alcance del deber de declaración sobre la salud del asegurado, que se

¹⁷ La preocupación sobre el tema queda constatada en la modificación realizada ante de esa fecha a través de la Orden PCM/518/2023, de 26 de mayo, por la que se modifica el Anexo IV del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, que elimina la limitación de los plazos de prórroga de los permisos de conducción a las personas que hayan sufrido una enfermedad oncológica cuando acrediten, por un informe del oncólogo o hematólogo competente, haberla superado y no recibir tratamiento adyuvante.

¹⁸ GÓMEZ LIGÜERRE C., "Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 mayo 2018", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.109, 2019 (BIB 2019\1379)

¹⁹ El objeto de discusión era la falta de idoneidad, a los efectos de poder apreciar la conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado, de un cuestionario o declaración de salud que contuviera preguntas excesivamente genéricas sobre sus antecedentes de salud, concluyendo que la asegurada incurrió en una ocultación u omisión del riesgo, si no dolosa, sí al menos gravemente negligente.

impone al tomador del seguro para la delimitación del riesgo²⁰. Para ello ha añadido en el art. 10 de la LCS un nuevo párrafo, que acota el contenido previsto en su número 1 sobre el deber del tomador de someterse al cuestionario y responder a lo allí contenido antes de la conclusión del negocio. La previsión se incorpora tras las disposiciones contenidas en los números 2 y 3 del art. 10 de la LCS. Estas posibilitan que la aseguradora pueda resolver el contrato, en caso de que hubiera reticencia o inexactitud en los datos proporcionados por el tomador del seguro, así como reducir la prestación convenida si el siniestro sobreviene antes del ejercicio de tal facultad, o liberarle de su pago cuando hubiera mediado dolo o culpa grave por parte de éste.

El contenido del nuevo párrafo 4º del art. 10 de la LCS, que sigue parcialmente la estela de las regulaciones europeas, establece dos cuestiones relevantes desde la perspectiva del tratamiento de los datos personales de salud. Estas se refieren al “seguro sobre la vida” - art. 83 LCS y ss.- Nada se indica expresamente para el resto de seguros que tienen como eje central la situación o estado de salud del asegurado (caso, por ejemplo, del seguro de accidentes -arts. 100 a 104 LCS-, de los seguros de enfermedad o asistencia sanitaria -arts. 105 y 106 LCS-, o de dependencia -art. 106 ter LCS-). La disposición adicional quinta de la LCS extiende, sin embargo, también a éstos el régimen.

La primera medida consiste en exonerar parcialmente al tomador del seguro de la obligación de informar sobre la salud pasada, indicando la norma que “no está obligado a declarar” respecto a “si él o el asegurado han padecido cáncer”. El perfil de la exención tiene por marco temporal que “hayan transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. Este límite resulta central para valorar la legitimidad de la aseguradora a la hora de recabar la información oncológica pasada en el cuestionario de salud. Ello implica que, quien quiera contratar un seguro, debe tener presentes los aspectos siguientes.

A) El tiempo que ha transcurrido desde que terminó el asegurado el tratamiento oncológico radical. El plazo que se ha previsto de una forma genérica es de cinco años, cualquiera que sea el contenido e importe objeto del contrato. Esta determinación genérica ha sido objeto de críticas²¹, señalándose como de mejor técnica las pautas fijadas en las legislaciones europeas que diferencian patologías oncológicas, tiempos, finalidad de los seguros y otras circunstancias en el deber de no solicitar al tomador determinados datos de salud sobre esa enfermedad. La crítica no deja de suponer una visión decantada a favor de un régimen más restrictivo del “derecho al olvido” que el fijado por la ley, que tampoco es incondicionado.

Ha de tenerse en cuenta que, hasta que no se haya superado un periodo de cinco años desde la finalización del tratamiento oncológico, el tomador del seguro no podrá oponerse a ofrecer esa información, se hubiera sometido el asegurado, o no, a un tratamiento radical de curación. Este lapso temporal resulta indefectible. La no existencia de rastro de la enfermedad en tiempo inferior no libera de la obligación de declaración sobre ese aspecto en el cuestionario. La previsión conmina materialmente a que los afectados tengan que esperar para contratar a que transcurra ese lapso temporal. En otro caso, esa información, que tendrá que ser ofrecida a la aseguradora, lastrará la conclusión del negocio; y, de no ofrecerse, podrá considerarse como un incumplimiento de aquel deber, con las consecuencias que marcan el art. 10.2 y 3 de la LCS.

Pasado ese periodo de tiempo, y celebrado el contrato conforme a las exigencias del art. 10.4 de la LCS, la variación del estado de salud del asegurado no afectará al devenir contractual, pues la recaída en la enfermedad, a la que alude el art. 10.4 de la LCS, se plantea con el fin de fijar el cómputo de los cinco años y poder esgrimir el derecho al olvido. El art. 11.2 de la LCS así lo determina cuando prevé que “en los seguros de personas el tomador o el

²⁰ Cf. VEIGA COPO A.B., *Tratado*, cit., pp. 1995: *Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 330 y ss.

²¹ RODAS PAREDES P., “El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos”, *La Ley*, 9 de octubre de 2023, núm. 10364, pp. 5 y ss.

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”; y no parece que proceda la exclusión del precepto. Otra intelección conllevaría una discriminación en el régimen del seguro aplicable a las personas que superaron el cáncer, que es precisamente lo pretende desterrar la reforma que nos ocupa. Los términos de la disposición adicional quinta, número 2, de la LCS, abonan también esta pauta interpretativa que es consecuente con la filosofía de la ley.

B) La segunda deviene de la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo. Los términos genéricos en los que se expresa la norma, criticados por constituir conceptos jurídicos indeterminados, plasman lo que constituye la pauta general de la valoración profesional en la curación oncológica, revisión cada cinco años tras el alta médica. De ahí que el lapso temporal se cuente desde que “se ha finalizado un tratamiento radical sin recaída posterior”. La identificación de aquellos conforman la clave de bóveda de la “no legitimidad” para la obtención y tratamiento de los datos de salud oncológicos por parte de las aseguradoras, así como para el cumplimiento del deber de declaración de la información necesaria por el tomador del seguro en la delimitación del riesgo.

La referencia a “un tratamiento radical” sugiere la aplicación de métodos terapéuticos que persiguen una finalidad curativa, empleando aquellos que tienen esa consideración por su contundencia y agresividad -cirugía, radioterapia, quimioterapia, trasplante de células, etc.-. Se exige, además, que durante ese periodo de tiempo de los cinco años no haya habido recaídas o recidivas de la enfermedad. Los tratamientos médicamente considerados paliativos, que implican la cronificación de la enfermedad, quedarían extramuros del “derecho al olvido”. La aplicación de terapias alternativas que permitan una salud y desarrollo de vida con normalidad cuando haya habido un alta médica transcurrido el lustro temporal, quedan en esa zona gris, y seguramente será el objeto de la controversia judicial.

La aplicación del art. 10, párr. 4º de la LCD plantea también otras cuestiones, como la forma en la que la aseguradora ha de dar cumplimiento a ese deber. Sólo podrá tratar aquellos datos de salud que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario respecto del fin perseguido. Se le impone el “olvido” de los datos oncológicos cuando se haya cumplido “el plazo señalado”, restringiéndole legalmente su petición, tratamiento y consideración. En la valoración del riesgo asegurado “el asegurador” no podrá “considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro”, lo que no le impide recabar y tratar otros datos de salud del asegurado. El objetivo perseguido con todo ello es que no se deniegue al tomador por tal motivo la contratación, ni se le impongan condiciones disuasorias, ni que se haga de peor condición al asegurado en la cobertura del seguro respecto del resto de contratantes²², “quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo”.

El régimen descrito se completa con la disposición adicional quinta de la LCS, ya referida, que extiende la previsión de no discriminación en la contratación por razón de VIH/ SIDA a quien hubiera padecido cáncer. A tal efecto, se añade a la regulación ya existente, de forma homóloga, que no se podrá “denegar 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”. Con ello se generaliza este régimen del “olvido”, implicando que el procedimiento que se siga para la contratación no sea más riguroso o exigente que el que se encuentra establecido con carácter general –informes médicos añadidos-, no se fijen condiciones más onerosas –prima superior o requisitos añadidos para el abono de la indemnización-, ni se contemplen otras medidas que suponga una discriminación –menor indemnización-.

²² AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *Indret*, 2009, núm. 1, pp. 10 y ss.

La deslegalización de la materia, con la habilitación al Gobierno para que mediante Real Decreto pueda “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”, proyecta de futuro un panorama de reducción de plazos y/o mejora de condiciones para los afectados.

Desde una perspectiva global, la previsión lleva a preguntarse por quién será el que efectúe esa supervisión y control a fin de que el tratamiento de datos oncológicos se ejecute conforme a tales dictados. Como se ha articulado en otros países, parece que la Dirección General de Supervisión de los Seguros será la llamada a desplegar una actividad proactiva en este ámbito, acorde a las competencias que se le reconocen (art. 7.1.k) y n) RD 403/2020, de 25 de febrero). A este cometido se tendrá que sumar la Agencia Española de Protección de Datos, como garante del derecho a la protección de datos de las personas físicas. Un acuerdo nacional, con participación de todos los sectores implicados, en el que se delimiten la intelección de conceptos -como “antecedentes oncológicos” y “tratamiento radical sin recaída”-, la información que ha de considerarse lícita en los cuestionarios y los protocolos de actuación a seguir, constituiría una vía óptima para lograr la efectividad de la norma y el adecuado equilibrio entre los derechos de los pacientes y las expectativas empresariales.

Cabe finalmente recordar que los afectados, curados oncológicamente, que sufran discriminación, podrán también recurrir a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. A estos se les podrá aplicar el art. 17 de la LIITND que reconoce el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios; el art. 25 de la LIITND que fija medidas de protección y reparación frente a la discriminación; el art. 26 de la LIITND que sanciona con la nulidad de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación; y el art. 27 de la LIITND que faculta la reclamación de la responsabilidad patrimonial y reparación del daño sufrido si se prueba aquella discriminación.

4.2.2. Reforma del TRLGDCU: contratación realizada por consumidores con antecedentes oncológicos

Como completo de la regulación reseñada, el art. 210 del RDL 5/2023 ha extendido el contenido de la disposición adicional única del TRLGDCU, en la que se regula la nulidad de las disposiciones que excluyen a una de las partes por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud²³, incluidas las de renuncia a estas, a quienes padecieron “*cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior*”.

Para ello se establece que, “de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector”, no se pueda “solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. La renuncia a esta regla se sanciona con la nulidad.

La previsión implica reconocer el carácter excesivo de los datos oncológicos que se soliciten transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Esta disposición se introduce para todo tipo de “contrato de consumo”. Ello supone que se encuentran sujetos a aquella, en el tratamiento de datos, todos los contratos y no sólo los de seguro sobre la vida o préstamo, que son los que han justificado la tipificación del derecho al

²³ GARCÍA GOLDAR, M., “Disposición adicional única”, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T.II, dir. CAÑIZARES LASO, A., TIRANT LO BLANCH, 2022, pp. 2466 y ss.

olvido oncológico en la Resolución del Parlamento Europeo. La deslegalización prevista faculta al Gobierno para modificar, de futuro, los plazos establecidos conforme al avance de la ciencia y experiencia en el sector.

La petición de los datos oncológicos, en tales circunstancias, no cumplirá con las exigencias del art.5.1 y 6.1.b del RGPD. La empresa que los solicite estará sujeta a la responsabilidad que fija el RGPD y LOPDPGD, por infracción del “derecho al olvido oncológico”. En el ámbito civil, procederá la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran irrogado -art. 82 RGPD-; en el administrativo, se aplicará la sanción que resulte conforme al elenco que determinan esa normativa -arts. 83 y 84 RGPD y 70 a 78 LOPDPGD-. Queda facultada también la reclamación por el cauce reseñado de la Ley 15/2022 en el que, acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral, valorable conforme a las circunstancias del caso, la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación y la gravedad de la lesión -art. 27.2-.

5. REFLEXIÓN FINAL

Es una realidad contrastable que en la era de la IA y el Big data el tratamiento indiscriminado de los datos de salud sobre el cáncer implica para quien ha padecido, y superado una enfermedad oncológica, la exclusión del mercado de la contratación.

En el sector del seguro, la fijación legal de los parámetros que determinan los datos de salud oncológicos que pueden ser tratados constituye una cuestión esencial si se quiere que, en concretos colectivos, no se termine arrumbando la aleatoriedad que es causa del contrato. El establecimiento de límites al tratamiento de las informaciones pasadas sobre la salud del contratante, según sea la situación presente, no sólo no excluye la causa de aquel contrato, sino que la redimensiona, evitando que nos encontremos con situaciones de antialeatoriedad.

La licitud del tratamiento de datos para “la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales” (art. 1.b RGPD), no excluye la acotación legal sobre el alcance que aquel deba tener. La eficacia de todo ello requiere de una definición técnicamente depurada y acotada, a fin de que cada una de las partes contratantes tengan claro qué datos se pueden recabar y se deben dar, cuándo y cómo se deben tratar, y cuáles sean las consecuencias jurídicas.

En el caso de la neonata normativa española del “derecho al olvido oncológico”, el principal hándicap al que se enfrenta deviene de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La referencia a “antecedentes oncológicos” o “finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”, sin ulterior precisión legal, plantea incertidumbres que pueden terminar malogrando lo perseguido por el legislador. Estas se han puesto de relieve por el sector del seguro que, acostumbrado a diferenciar situaciones y desmenuzar cada una de las circunstancias que pueden concurrir para la previsión de riesgo, cuestionan técnicamente la generalización de una medida que no delimita el tipo ni extensión de los riesgos asegurados. Desde la perspectiva del consumidor, tomador o asegurado que padeció una enfermedad oncológica, tal imprecisión tampoco resulta favorable. Un cuestionario de salud que se limite a reflejar el texto de la ley, si los tribunales no ofrecen una intelección acorde con la valoración que realicen el contratante, puede terminar malogrando sus expectativas contractuales aunque se hubiera actuado conforme a la buena fe.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *Indret*, 2009, núm. 1.

BERROCAL LANZAROT A.I., *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, 2017.

DI PIZZO CHIACCHIO A., *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018.

GLANCY D., “The invention of the Right to Privacy”, *Arizona Law Review*, 1979, vol. 21, núm. 1.

GARCÍA GOLDAR M., “Disposición adicional única”, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T.II, dir. CAÑIZARES LASO, A., TIRANT LO BLANCH, 2022.

GÓMEZ LIGÜERRE C., “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 mayo 2018”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, núm.109 (BIB 2019\1379).

MARTINEZ CALVO J., *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

RODAS PAREDES P., “El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos”, *La Ley*, 9 de octubre de 2023, núm. 10364.

SANCHO LÓPEZ M., *Derecho al olvido y big data: dos realidades convergentes*, Tirant lo Blanch, 2020.

SCOCCA G. y MEUNIER F., “A right to be forgotten for cancer survivors: A legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer”, *Journal of Cancer Policy*, 2020, n° 25, <https://doi.org/10.1016/j.jcpo.2020.100246>

VEIGA COPO A.B., *Tratado del contrato del seguro*, T.I, 6ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2019.

- *Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022.

WARREN S. y BRANDEIS L., “The Right to Privacy”, *Harward Law Review*, 1890, vol IV, núm