

Seguros

Cláusulas de salud en contratos de seguro y de consumo

Examen del alcance y las carencias de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 5/2023.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Alcance de las reformas del Real Decreto Ley 5/2023

1. Los artículos 209 y 210 del Real Decreto Ley 5/2023 modifican respectivamente la Ley de Contrato de Seguro y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con el objetivo de introducir reglas contractuales de protección del conocido como *derecho al olvido oncológico* y, de paso, otras contingencias de salud. Estas normas ya han sido presentadas en un documento de firma elaborado por Ángel García Vidal, y en esta nota me preocupo de profundizar en la estructura de defensa contractual empleada por el legislador.
2. En lo relativo al contrato de seguro, la reforma emplea las siguientes técnicas de protección:
 - a) Una liberación de la carga del asegurado de responder a determinado cuestionario. Así, «el tomador de un seguro sobre la vida no está obligado a declarar si él o el asegurado han padecido cáncer una vez hayan transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior». Y, en consecuencia, una eliminación del derecho del asegurador de rescindir el contrato como consecuencia del silencio, o de la mentira cuando no debería haber sido preguntado.
 - b) Una prohibición de que se tenga en cuenta negativamente para la negociación del contrato determinado extremo del pasado oncológico que sea conocido por el asegurador, sin importar que haya sido declarado o no por el asegurado. De esta forma, «el asegurador no podrá considerar

la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro». Y, más detalladamente, «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 [...] a una persona por haber sufrido una patología oncológica, una vez transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior».

- c) Una prohibición de que se tengan en cuenta negativamente para la negociación del contrato determinados extremos relativos a la infección VIH/SIDA por parte de la contraparte. «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».
- d) La misma prohibición de la letra c anterior, pero relativa ahora a «otras condiciones de salud».
- e) Fuera del proceso de negociación, una prohibición general de discriminación de las personas con pasado oncológico, con infección VIH/SIDA o por «otras condiciones de salud». De tal forma que «no se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA, ni por otras condiciones de salud» y queda «prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por [el pasado oncológico]».

3. Las modificaciones correspondientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios son más limitadas en su literalidad. La reforma contiene las siguientes:

- a) Nulidad de cláusulas que *excluyan a una parte por cualquier condición de salud*, incluidas las infecciones VIH/SIDA o el pasado canceroso en las condiciones ya conocidas.
- b) Nulidad de las cláusulas de *renuncia* a los derechos reconocidos en la norma.
- c) Una prohibición de inquirir del consumidor información oncológica «una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior».

Los límites del legislador

1. No se entiende la razón de ser de esta ley en general, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 17.2 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo artículo 2.2 reza así: «La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». No se entiende qué necesidad cubre la nueva regulación de los seguros en el artículo 209 del Real Decreto Ley 5/2023 cuando existía la normativa que anticipó el artículo 17.2 de la Ley 15/2022. También las nulidades contractuales del artículo 210 estaban ya incorporadas por el artículo 26 de la Ley 15/2022.
2. La prohibición de discriminar o la negación de acceso a la contratación en el contrato de seguro a personas por infección VIH/SIDA o por otro motivo de salud encuentra una notable excepción: «salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente». ¿Por qué no

ha introducido una excepción equivalente en el resto de los contratos de consumo? Carencia tanto más criticable porque el género de los contratos de consumo es más amplio que la clase del contrato de seguro, y hay razones que pueden justificar que en ocasiones se niegue el acceso contractual por razones de salud. Pero habrá que cubrir la laguna con el reenvío al artículo 2.2 de la Ley 15/2022, que tampoco soluciona todo.

3. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sólo ha introducido sanciones de nulidad de cláusulas, y específicamente las de no acceso y las de renuncia. Hay entonces bastante que se escapa al celo controlador. Se puede excluir el acceso, y normalmente se hará, sin haber introducido previamente una cláusula de exclusión de acceso; simplemente denegando el acceso. Entonces, la parte empresarial puede *excluir sin más* a consumidores por razones de salud, fuera del marco del contrato de seguro. Lo mismo ocurre con la *práctica discriminatoria* durante la ejecución del contrato, salvo que se trate de contrato de seguro, donde la prohibición de discriminación es general. Y, a diferencia del contrato de seguro, otras cláusulas discriminatorias en el modo y condiciones de acceso al contrato no están concernidas por la norma.
4. «Una vez transcurrido el plazo señalado, el asegurador no podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos». Pero es notorio que el asegurador podrá inquirir si el sujeto ha tenido *antecedentes oncológicos* en general, para posteriormente poder determinar si han pasado los cinco años de rigor. Y podrá preguntar en el cuestionario si

ha padecido cáncer durante los últimos cinco años y si el tratamiento terminal tuvo suceso.

5. Es un absurdo y un abuso legal intolerable meter dentro del mismo saco el pasado oncológico, el padecimiento de VIH/SIDA y el de cualesquiera «otras condiciones de salud». El pasado oncológico deviene por ley irrelevante porque *la patología ya está curada* «*ope legis*». Pero cualquier otro padecimiento actual de salud tendrá la relevancia jurídica que quiera darle la contraparte. ¿Cómo no va a tomar en cuenta el asegurador la condición actual de infectado por el virus del SIDA o por una dolencia coronaria?
6. Fuera de la nulidad correspondiente, las nuevas normas no establecen otros remedios jurídicos interprivados. Pero rige lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 15/2022: «La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso». La cuestión es de una importancia extrema, porque será imposible de hecho imponer la ejecución forzosa de la celebración del contrato que el empresario se ha negado a realizar, de modo que las reclamaciones civiles acabarán cursando sólo en la forma de reclamaciones de daño moral por discriminación; y las empresas deben «tentarse la ropa» cuando éste es el procedimiento disponible, porque las condenas se dictarán *in terrorem malae partis*.