



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON VIH A LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Universidad de Alcalá

María del Val Bolívar Oñoro

Universidad de Alcalá



cesida

coordinadora estatal
de vih y sida



MINISTERIO
DE SANIDAD

SECRETARÍA DE ESTADO
DE SANIDAD

DIRECCIÓN GENERAL
DE SALUD PÚBLICA

DIVISIÓN DE CONTROL
DE VIH, ITS, HEPATITIS VIRALES
Y TUBERCULOSIS



Universidad
de Alcalá

RESUMEN

En 2018 se reformó la Ley de Contrato de Seguro para garantizar el acceso de las personas con VIH a seguros tales como los de salud, vida o decesos. El número de consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá entre enero de 2019 y junio de 2021 muestra que la reforma legal no ha sido eficaz porque las compañías aseguradoras siguen practicando una exclusión de clase hacia las personas con VIH.

ABSTRACT

In 2018, the Insurance Contract Act was amended to guarantee that people living with HIV could access to private insurance, such as, health, life, and burial insurance. The number of inquiries received at the Legal Clinic of the University of Alcalá between January 2019 and June 2021 shows that the legal reform has not been effective because insurance companies continue to practice a class exclusion towards people with HIV.

PALABRAS CLAVE

VIH, Seguros, Discapacidad, Igualdad y No Discriminación

KEY WORDS

HIV, Insurance, Disability, Equality and Non-Discrimination

INTRODUCCIÓN

Han pasado cuatro décadas desde que el 5 de junio de 1981 en el *Morbidity and Mortality Weekly Report* se publicó un informe sobre cinco casos de neumonía por *Pneumocystis carinii*, que indicaban una disfunción del sistema inmunitario debido a una infección adquirida a través de contacto sexual¹. Comenzaba en ese momento una epidemia cuyo origen era un virus desconocido, posteriormente denominado como virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH) que provocaba el síndrome de inmunodeficiencia humana adquirida (en adelante Sida).

El VIH y el Sida siempre han tenido una dimensión normativa, tanto en el campo de la Ética como en el campo del Derecho, junto a la dimensión científico-médica². Desde el inicio de la epidemia se han planteado cuestiones controvertidas que afectaban a la interpretación de los principios éticos básicos aplicados en el campo de la Medicina y de la Bioética. Baste recordar que fueron las personas con VIH quienes forzaron la reinterpretación de los principios éticos formulados en el Informe Belmont, quizás el documento con el que nace la Bioética moderna, pues consideraban que las personas que tenían una enfermedad que ponía en riesgo su vida y que carecían de una alternativa terapéutica podían asumir más riesgos durante la realización de los ensayos clínicos que se estaban desarrollando para dar con un tratamiento que frenase la progresión de infección por el VIH³. De igual forma, desde el inicio de la epidemia se han visto afectados los derechos de las personas con VIH pues se ha discutido sobre la extensión de su derecho a la intimidad personal y de la confidencialidad de sus datos de carácter personal, o sobre la idoneidad para desempeñar determinadas profesiones, o, como es el caso que ahora nos ocupa, para poder contratar seguros privados de salud, de vida o de decesos con los que hacer frente y dar cobertura a determinados riesgos. Sobre esto

¹ CDC. *Pneumocystis pneumonia*—Los Angeles. MMWR. 1981; 30:250-252.

² Lawrence Gostin. *The AIDS Pandemic*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 2004;

³ Miguel Ángel Ramiro Avilés, Investigación biomédica clínica sobre VIH/Sida en persona institucionalizadas. En: *Ética y Medicina*. Madrid: Dykinson. 2014; 110-119.

último, en 1987, Schatz⁴ ya relataba cómo las compañías estaban recurriendo a técnicas tales como incluir los tratamientos del VIH como experimentales para excluirlos del contrato, rechazar la cobertura de quienes presentasen síntomas previos a la contratación del seguro e, incluso, denegar el aseguramiento en función de la orientación sexual. En este contexto, el autor se preguntaba sobre la adecuación de un sistema que permitía que las compañías aseguradoras pudieran usar la cláusula de la “necesidad económica” para liberarse de la prohibición general de discriminar impuesta en el resto de la sociedad.

Los avances producidos en el campo científico-médico, que han conseguido desarrollar tratamientos farmacológicos seguros y eficaces para prevenir la infección y, en caso de que se produzca, controlarla y evitar su transmisión a terceras personas⁵, otorgando a determinadas cohortes de personas con VIH una esperanza de vida semejante a la de la población general⁶, no han tenido un avance de igual envergadura en el campo normativo pues las personas con VIH tanto a nivel global como a nivel local siguen enfrentándose a barreras institucionales, legales y actitudinales que impiden el disfrute de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas⁷. Es, precisamente, el ámbito de los seguros uno en el que a pesar de la reforma legal operada en 2018 se mantienen tanto barreras normativas en forma de protocolos normalizados de trabajo en las compañías aseguradoras cuando barreras actitudinales basadas en estereotipos y prejuicios hacia las personas con VIH.

⁴ Benajmin Schatz, *The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching?* Harvard Law Review. 1987; 100 (1782): 1785-1786.

⁵ Alison Rodger et al. Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent gay couples with the HIV-positive partner taking suppressive antiretroviral therapy (PARTNER): final results of a multicentre, prospective, observational study. *Lancet*. 2019; 393: 2428-2438.

⁶ Ard van Sighem et al. Life expectancy of recently diagnosed asymptomatic HIV-infected patients approaches that of uninfected individuals. *Aids*. 2010; 24: 1527-1535. Caroline Sabin. Do people with HIV infection have a normal life expectancy in the era of combination antiretroviral therapy? *BMC Medicine*. 2013; 11: 251. Fumiyo Nakagawa et al. Projectd life expectancy of people with HIV according to timing diagnosis. *Aids*. 2012; 26: 335-343. Josee Kaulich-Bartz et al. Insurability of HIV positive people treated with antiretroviral therapy in Europe: collaborative analysis of HIV cohort studies. *Aids*. 2013; 27: 1641-1655.

⁷ Miguel Ángel Ramiro Avilés, Paulina Ramírez Carvajal. Discriminación por razón de VIH. *Revista Multidisciplinar del Sida*. 2016; 14(9): 45-54.

En este trabajo analizamos la regulación legal vigente en España en materia de seguros que afecta a las personas con VIH apoyándonos en la base empírica que aportan las consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá⁸. En el primer apartado se narra de dónde surge la reforma legal que en 2018 reafirma el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas con VIH y cómo se relaciona con la reforma realizada en 2011 que estaba dirigida facilitar el acceso a los seguros a las personas con discapacidad. En el segundo se recoge una clasificación de los tipos de consultas sobre acceso a seguros que las personas con VIH han enviado a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá entre enero de 2019 y junio de 2021. En el último apartado se propone una solución *pro futuro* para que la legislación vigente en materia de acceso a seguros por las personas con VIH sea eficaz en la consecución de su objetivo, que no es otro que el de evitar la discriminación basada en el estado de salud (estado serológico) de una persona.

1. EL DERECHO VIGENTE: LA LEY 50/1980, SEGÚN LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 4/2018

En el año 2018 se aprobó la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante Ley 4/2018). Con ésta se introdujo la disposición adicional quinta en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante LCS). Este proceso siguió el procedimiento legislativo adecuado y se llevó a cabo por los órganos competentes en la materia. No cabe, pues, cuestionar la validez como existencia de esa norma jurídica pues cumple con los requisitos formales que permiten reconocer una norma jurídica como tal⁹. Tampoco se discute su constitucionalidad pues, en primer lugar, nadie con legitimidad para hacerlo ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad y tampoco, que sepamos, se ha planteado un recurso de amparo

⁸ Miguel Ángel Ramiro Avilés, Paulina Ramírez Carvajal. El acceso a la justicia por las personas con VIH. *Oñati Socio-Legal Series*. 2018; 8(4): 464-87.

⁹ Riccardo Guastini, *Dalle fonte alle norme*. Torino: Giapichelli. 1990.

frente a la misma; en segundo lugar, no cabe dudar de la constitucionalidad de la norma porque la reforma legal pretende ensanchar el campo de la igualdad de oportunidades hasta alcanzar a un grupo específico, el de las personas con VIH. A la Disposición Adicional Quinta también hay que reconocerle, por lo tanto, validez como pertenencia al sistema jurídico pues en ningún momento contradice su contenido el de una norma jerárquicamente superior¹⁰. Veamos ahora el carácter de esta reforma.

Se trata de una norma jurídica que articula una medida antidiscriminatoria que limita de forma limitada la autonomía de la voluntad de los terceros afectados¹¹. En el caso que nos ocupa, son las compañías aseguradoras las que ven limitada su autonomía pues el derecho a la igualdad y la no discriminación tienen eficacia horizontal¹², de tal forma que ni pueden excluir a las personas con VIH como clase, porque en ese grupo de personas se pueden identificar una diversidad de situaciones que impide tratarlas de forma genérica, ni pueden imponerles procedimientos de contratación o condiciones más onerosas que al resto de las personas salvo, y aquí viene el carácter limitado de la limitación, que exista una causa fundamentada, racional, proporcionada. Esto último significa que a las personas con VIH se les puede denegar la contratación y exigir el pago de una prima mayor, pero con los matices que exponemos a continuación.

En relación con la denegación de la contratación, esta es una acción que puede ser llevada a cabo si existen causas fundamentadas, proporcionadas y razonables. Estas últimas pueden ser muy diversas, pero debe entenderse que para que el VIH se erija como único motivo de la denegación es necesario que no existan otros factores más adecuados como predictores del resultado relevante o que siendo menos adecuados desde una perspectiva actuarial sean menos gravosos desde la perspectiva de los derechos humanos¹³. Esto implica no solo cuestionar si el VIH se ha elegido como predictor del riesgo basándose en prejuicios o estereotipos, sino también enjuiciar si la falta de estudios

¹⁰ Ibidem

¹¹ Rafael de Asís. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Debate. 1992.

¹² María Venegas. *Derechos fundamentales y Derecho privado*. Madrid: Marcial Pons. 2004.

¹³ Margarida Lima Rego. *Statistics as basis for discrimination in the insurance business*. *Law, Probability and Risk*. 2015; 14 (2).

actuariales tiene la misma base. Éstas son salvaguardas que derivan de la discriminación histórica a la que se ven sometidas las personas con VIH.

Respecto a la prima, el procedimiento de las compañías aseguradoras apunta a que ésta debe ser suficiente para obtener beneficios. Sin embargo, para el derecho antidiscriminatorio ésta tiene que ser suficiente para ser justa. Por esto, cuando el derecho antidiscriminatorio penetra en la lógica aseguradora, como ocurre con la DA5^a, implica la exigencia de un plus argumental a sus cálculos. Esto es, es posible imponer el pago de una prima mayor para satisfacer el principio suficiencia, pero siempre y cuando exista una causa fundamentada, racional, proporcionada. El principio de suficiencia de la prima implica que «la suma de las aportaciones de todos [las personas aseguradas] va a permitir la formación del fondo necesario para pagar todos los siniestros»¹⁴. Así se recoge en el artículo 94.1 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante LOSSEAR) cuando señala que «Las tarifas de primas (...) Deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas».

En todo caso, añadiríamos, esta prima superior no debería vulnerar el principio de equidad, recogido en el último párrafo del artículo 94.1 LOSSEAR. Éste implica que a la persona con VIH que solicite la contratación de un seguro no se le va a solicitar el pago de una prima que esté al mero arbitrio de la compañía aseguradora. La cuantía de la prima debe ser una cuestión técnica, basada en cálculos actuariales. El principio de equidad introduciría un elemento de objetividad en la valoración¹⁵. Si no se tuviera en cuenta este principio, podría ocurrir que una compañía aseguradora no denegase la contratación a una persona con VIH pero le impusiese una prima desorbitada. Como señala Maestro Martínez, «la referencia al principio de equidad, como complementario al de suficiencia

¹⁴ José Luis Maestro Martínez, El principio de equidad de la prima y sus consecuencias prácticas. Acceso en línea [31 de Octubre de 2021]: https://app.mapfre.com/documentacion/publico/pt/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1028075.

¹⁵ *Ibidem*.

ha sido una constante en la normativa de control de la actividad aseguradora»¹⁶. En todo caso, el principio de equidad no exigiría que a todas las personas con VIH se les cobre la misma prima, «equidad no es uniformidad, sino atemperamiento de la norma a las circunstancias particulares de cada caso»¹⁷.

1.1. Una conquista del movimiento asociativo

Cuando se compara la literalidad de las disposiciones adicionales cuarta (en adelante DA 4ª) y quinta (en adelante DA 5ª) de la LCS, la conclusión que deriva de manera inmediata es un común origen, pues su dicción es prácticamente idéntica¹⁸. Sin embargo, tienen una génesis diferente.

La construcción de la DA 4ª se remonta a un documento elaborado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI) en 2004 titulado *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*¹⁹. En éste se propone que en caso de que deniegue el acceso a la contratación, se establezcan procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador, o se impongan condiciones más onerosas por razón de discapacidad, se deberán aportar “causas justificadas y razonables”. Más tarde, en 2008, entraría en vigor en España la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) que establece en su artículo 25 e) que los Estados Parte prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida y velarán por que estos se presten de manera justa y razonable. Este texto no sería acercado al ordenamiento jurídico español hasta pasados tres años con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ María del Val Bolívar, Miguel Angel Ramiro Avilés. Barreras en la contratación de seguros por razón de SARS-Cov-2 o COVID-19. *Revista Española de Seguros*. 2020; 183-184: 570-571.

¹⁹ Luis Cayo Pérez Bueno. *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*. Madrid: CERMI. 2004. Acceso en línea [31 de Octubre de 2021]: www.cermi.es/es/colecciones/volumen-11-la-discriminacion-por-razones-de-discapacidad-en-la-contratacion-de-seguros

de las Personas con Discapacidad (en adelante Ley 26/2011), apareciendo en el artículo 14 de esta ley por primera vez la dicción de la DA 4ª. Si comparamos ésta con la propuesta del CERMI en 2004 es posible observar que el legislador fue más allá exigiendo no solo “causas justificadas y razonables” sino “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”. La cuestión reside en que de manera previa a la aprobación de la Ley 26/2011 se había producido un evento muy significativo.

A principios del año 2010, las asociaciones navarras SARE y Comisión Ciudadana Antisida²⁰ trasladaron al Defensor del Pueblo Navarro la queja que en las condiciones generales de los seguros privados, tanto de salud como de vida, era práctica generalizada excluir de la cobertura de la póliza a las personas con VIH/SIDA. Francisco Javier Enériz Olaechea, Defensor del Pueblo Navarro en ese momento, sugirió al Departamento de Asuntos Sociales, Familia, Deporte y Juventud, que colaborase con las asociaciones que trabajan en el campo del VIH para constatar de forma fehaciente la existencia de estas prácticas²¹. Esta sugerencia fue aceptada y el Departamento procedió a consultar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante DGSFP) si las citadas cláusulas podían considerarse abusivas o discriminatorias. Sin embargo, el documento remitido en contestación poco ayudaría a desentrañar esta cuestión, pues refería que el carácter abusivo de una cláusula debe ser apreciado por el juez, considerando la naturaleza, el conjunto de cláusulas del contrato y las demás circunstancias concurrentes. Aun así, el Departamento consideró de forma positiva la eliminación de estas condiciones.

Con esta base, se llegó a la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista del Parlamento de Navarra de una Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores y usuarios en España, que fue votada y

²⁰ Congreso de los Diputados. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. 4 de abril de 2017. Acceso en línea [31 de octubre de 2021]: www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-45.PDF#page=6

²¹ Defensor del Pueblo de Navarra. Noticia: *El Defensor del Pueblo de Navarra sugiere al Departamento de Asuntos Sociales que investigue y erradique posibles prácticas discriminatorias de las compañías aseguradoras a personas con VIH*. Disponible en: www.defensornavarra.com/index.php/es/Noticias/2007-2012/2010/El-Defensor-del-Pueblo-de-Navarra-sugiere-al-Departamento-de-Asuntos-Sociales-que-investigue-y-erradique-posibles-practiclas-discriminatorias-de-las-companias-aseguradoras-a-personas-con-VIH

aprobada por unanimidad para su remisión a la Mesa del Congreso²². Sin embargo, la Mesa del Congreso de los Diputados declaró caduca la iniciativa al finalizar la Legislatura. Esta cuestión se solucionó el 14 de marzo de 2013, fecha en la que se volvió a aprobar por unanimidad en el Parlamento de Navarra el envío de la Proposición de Ley al Congreso. En esta ocasión sería rechazada por mayoría absoluta el 6 de mayo de 2014. No obstante, lejos de cejar en el empeño, la Proposición de Ley volvió a ser aprobada en el Parlamento de Navarra y en enero de 2017 se volvió a presentar al Congreso de los Diputados y finalmente daría como resultado la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante Ley 4/2018).

Si estudiamos la Proposición de Ley presentada, podemos observar que esta solo hace referencia parcial a lo que hoy constituye el artículo único de la Ley 4/2018, esto es, a la nulidad de las cláusulas y asimilados que excluyan a una de las partes por razón de VIH/Sida. Esto nos lleva a preguntarnos por el origen de la disposición final primera de la Ley 4/2018 que es la que introduce la DA 5ª LCS. Pues bien, esta trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario con el objetivo de “adelantarse a los avances europeos en la materia en concreto, la última redacción disponible de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Sin embargo, esta motivación colisiona frontalmente con la realidad, pues no solo esta Directiva lleva prácticamente inactiva desde el año 2008, sino que ésta habla de “discapacidad” y no de “VIH” que es el ámbito subjetivo de la DA 5ª LCS. Quizá aquí el legislador solo estaba “disfrazando” las graves deficiencias operativas que tiene la implantación del modelo social de la discapacidad en España que, como veremos más adelante, lleva a que las personas con VIH no puedan acogerse a la protección que el subsistema jurídico de la discapacidad proporciona incluso cuando su

²² Diario de la sesión plenaria del Parlamento de Navarra núm. 71 celebrada el día 24 de marzo de 2011. Disponible en: www.parlamentodenavarra.es/sites/default/files/diarios-sesiones/diario-sesiones-Plen7100.pdf

condición de salud levanta obstáculos que impide el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Todos estos hechos demuestran la importancia que la sociedad civil otorga a la eliminación de las barreras de acceso y permanencia en los seguros privados y su rol crucial para conseguirlo. También que el legislador está dispuesto a abordar esta cuestión, aunque, como veremos a continuación, su defectuosa técnica legislativa, unida a las deficiencias de los procedimientos de resolución de conflictos en esta área, han impedido una transformación real.

1.2. La nulidad de las cláusulas excluyentes genéricas

En los seguros de salud y en algunos seguros de vida y decesos ha sido una constante incluir una cláusula que venía a rezar en términos genéricos de la siguiente manera: “todos los siniestros relacionados con el VIH/Sida quedan excluidos de cobertura”²³. El problema deriva de que el VIH es una condición de salud compleja que puede ser relacionada con más o menos intensidad con una infinidad de incidentes. Por lo tanto, era altamente complicado delimitar la línea de estas exclusiones, vaciando prácticamente al seguro de contenido.

Esta situación se ataja en el punto uno del artículo único de la Ley 4/2018, que reza de la siguiente manera:

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, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. Se añade una disposición adicional única, con el siguiente texto:

«Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

²³ Aunque se refiere a otro contexto muy diferente, como es el norteamericano, Norman Daniels. *Insurability and the HIV epidemic: Ethical issues in Underwriting*. *The Milbank Quarterly*. 1990; 68(4): 497-525, muestra cómo desde el inicio de la epidemia de VIH las personas infectadas eran sistemáticamente excluidas de las coberturas sanitarias.

1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.
2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud.»

Podría parecer que esta redacción es tajante y este tipo de cláusulas y asimilados debe retirarse de los contratos de seguro, pero la realidad se ha demostrado muy diferente. Esto implica que las personas con VIH siguen viviendo bajo la incertidumbre de si el producto por el que pagan puntualmente la prima prestará cobertura directa en caso de siniestro o deberán exponerse a una vista pública en la que deberán revelar su condición de salud para poder obtener la nulidad de esta cláusula. Si tenemos en cuenta que el estigma asociado al VIH, además de los costes económicos que supone contratar los servicios profesionales de un/a abogado/a, puede conducir a una persona a rechazar la judicialización de esta cuestión, la operatividad práctica de esta cláusula queda altamente en entredicho. Todo esto sin hacer alusión a la desafortunada inclusión de esta previsión en la legislación de consumidores, pues recordemos que esta condición la reúnen las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión y no todos los seguros de personas son contratados bajo esta circunstancia. Por ejemplo, piénsese en el caso de los seguros de incapacidad laboral temporal o los seguros de salud ofrecidos por las mutualidades de algunos colegios profesionales. Aquí para que esta previsión tuviese aplicación habría que recurrir a una interpretación del concepto “consumidor” como parte “débil” de la relación que como mínimo conllevaría la preparación de un litigio altamente complejo y técnico. Por lo tanto, sería conveniente repensar la ubicación de este precepto o incluir las aclaraciones pertinentes en el actual.

1.3. Las Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta de la Ley 50/1980

Si partimos de que la DA 4ª y la DA 5ª son gemelas y la primera fue elaborada por el CERMI y reforzada por el legislador, podríamos llegar fácilmente a la conclusión de que éstas no solo se ajustan al espíritu de cooperación entre los Estados y los representantes de las personas con discapacidad del que está embebido la CDPD, sino que también

cumplen bien con el artículo 25 e) CDPD. Sin embargo, como veremos en los siguientes puntos de este informe, la realidad ha demostrado lo contrario.

La pieza clave para entender la anterior afirmación es la cláusula de cierre de ambas disposiciones que reza de la siguiente manera: “salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”. Esta cláusula permite a las compañías aseguradoras dispensar un trato diferenciado a las personas con VIH en la contratación de los seguros si y solo si existe una justificación. Así, por ejemplo, las compañías aseguradoras podrían cobrar una sobreprima a las personas con VIH si aportan una causa que esté justificada, sea proporcionada, sea razonable y que se halle documentada previa y objetivamente. Como es bien sabido, la Constitución no prohíbe los tratos diferenciados, siempre que sean idóneos, necesarios y proporcionales, sino que prohíbe los tratos discriminatorios, que son aquellos que no cumplen con alguno de los tres requisitos antes señalados y componen el juicio de proporcionalidad. Esto deriva de que en el subsistema jurídico antidiscriminatorio se acepta que la Administración pública debe hacer todos los esfuerzos posibles y disponer de todos los recursos necesarios para que, una vez que se haya determinado que el diseño universal no es factible, se realicen todas las adaptaciones o ajustes que sean necesarios para que una persona o grupo en desventaja pueda disfrutar de un derechos, bien o servicio, ampliándose de esa manera la igualdad de oportunidades²⁴. Sin embargo, esa misma exigencia no se traslada a los particulares pues, aunque los derechos fundamentales son un límite a su autonomía de la voluntad, el subsistema jurídico antidiscriminatorio admite que una vez que se haya descartado la posibilidad del diseño universal, las adaptaciones o ajustes razonables no deben ser una carga excesiva, no deben suponer un coste excesivo²⁵. Si el Estado o la Administración pública exigen a los actores privados que se lleven a cabo todas las adaptaciones y ajustes

²⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6. 2018: 3. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: <https://acortar.link/5c5U3g>.

²⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general núm. 2 sobre el artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/GC/2. 2014: 8-9. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle9_sp.doc.

que sean necesarios, con independencia del coste, deberán disponer de los recursos económicos para compensar la carga.

No obstante, esa no es la lectura que las compañías aseguradoras están haciendo de la cláusula de cierre pues no están aportando ninguna justificación ni para la denegación de la contratación ni para el cobro de una sobreprima. Esto conlleva que las cláusulas estén siendo leídas por las compañías aseguradoras de la siguiente manera:

En relación con lo solicitado en su reclamación, le informamos de los siguientes extremos:

1. Por lo que se refiere a la solicitud contenida en el apartado 1, la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (introducida por la Ley 4/2018, de 11 de junio), que menciona usted en su reclamación y que a continuación reproducimos, permite a las entidades aseguradoras denegar el acceso a la contratación del seguro a las personas con VIH/SIDA siempre que existan causas justificadas, proporcionadas y razonables, documentadas previa y objetivamente.

Esta interpretación se une a que no se impone en las DDAA 4ª y 5ª de manera expresa la obligación de aportar un estudio personalizado que avale desde la ciencia médica y actuarial la decisión; como tampoco existe sanción directa aparejada al fallo en la presentación de esta justificación, lo que implica que una persona que se encuentra ante este escenario únicamente para obtener respuestas deba exponerse a dos vías: acudir a mecanismos extrajudiciales (Atención al Cliente, DGSFP, Defensor del Pueblo, Oficina de Atención a la Discapacidad, etc.) que no tienen fuerza vinculante y pueden tener elevados tiempos de contestación; o, en segundo lugar, recurrir a la vía judicial por el orden civil o penal, lo que implica un coste patrimonial y personal importante. Por esto, se deniega la contratación con justificaciones de este tipo:

Atendiendo el requerimiento de la compañía aseguradora de referencia, esta asesoría médica, una vez examinada la documentación requerida en la solicitud del seguro de vida, informa que el solicitante presenta o ha presentado antecedentes de patología infecciosa -VIH- y coinfección VHC y polineuritis axonal.

Es decir, el rechazo se produce basándose en la información que la persona está obligada a proporcionar en el formulario de salud previo a la contratación del seguro conforme a lo dispuesto en el artículo 10 LCS. Esto nos hace plantearnos el valor interpretativo del preámbulo de la Ley 4/2018 que reza literalmente: “Este tipo de disposiciones discriminatorias acentúan el estigma social y la discriminación legal de las

personas seropositivas. La legislación actual obliga a declarar esta enfermedad a la hora de contratar un seguro, a título de ejemplo”.

Dejando al margen el hecho de que el artículo 25 e) CDPD no establece que “los Estados Parte prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida salvo que estos se presten de manera justa y razonable”, es cierto, que el legislador podría haber buscado con la cláusula de cierre acercarse a la consolidada jurisprudencia nacional e internacional que dice que una diferencia de trato no es discriminatoria si “persigue un objetivo legítimo y se provee de una justificación objetiva y razonable”²⁶. Sin embargo, esto no deja de ser simplemente una previsión general que conlleva prácticamente en la totalidad de los casos la necesidad de judicializar la cuestión para obtener una respuesta a la cuestión planteada. Aquí se obvian no solo las deficiencias prácticas que plantean los procedimientos de resolución de conflictos, sino también la barrera que supone el estigma para la decisión de recabar asistencia judicial. Por lo tanto, estas disposiciones fallan en el abordaje de esta discriminación estructural.

1.4. ¿Era necesaria la Disposición Adicional Quinta?

La pregunta planteada viene al caso porque podría considerarse que ya era suficiente con la DA 4ª para garantizar el acceso a la contratación de seguros por parte de las personas con VIH. La respuesta debe afirmar la necesidad de la DA 5ª pero podría haber sido diferente si España hubiera adoptado, sin ningún tipo de requisito adicional, las definiciones de discapacidad y de persona con discapacidad que se recoge en la CDPD, ambas fundamentadas por el modelo social de la discapacidad²⁷.

Según este modelo, la discapacidad no se produce exclusivamente teniendo en cuenta la condición individual (la deficiencia física, sensorial, intelectual o mental), ya sea real o supuesta, sino que también debe considerarse su interacción con determinadas

²⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2 .

²⁷ Agustina Palacios. ¿Modelo rehabilitador o modelo social?: La persona con discapacidad en el derecho español. En: Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Madrid: Dykinson. 2007: 304-5

barreras sociales que definen la situación y la posición. La discapacidad no es, por lo tanto, un fenómeno puramente individual sino también colectivo. Al igual que la salud de una persona no está exclusivamente afectada por factores biológicos sino que también existen determinantes sociales²⁸, entre los que se encontrarían los determinantes legales²⁹, en la discapacidad de una persona también influyen factores individuales y factores sociales.

La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad parece que aboga por el modelo social si nos atenemos al contenido de la Exposición de Motivos y al apartado 1 del artículo 4, que es un calco de la CDPD. La controversia surge cuando en el apartado 2 de ese mismo artículo se requiere que el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad pase por la obtención de un grado igual o superior al 33% en un examen llevado a cabo por un equipo multidisciplinar de profesionales que sólo tendrá en cuenta los factores sociales cuando la limitación personal alcance como mínimo el 25%. La legislación española aboga por un concepto de ‘persona con discapacidad’ que es más restringido que el que se recoge en la CDPD o el que han adoptado países como Reino Unido³⁰, Estados Unidos³¹ o Portugal³².

Si aplicásemos el concepto de discapacidad del modelo social, las personas con VIH deberían ser reconocidas como ‘personas con discapacidad’ desde el momento del diagnóstico e incluso estando asintomáticas porque a una condición personal (la infección crónica con un virus que va a requerir tratamiento continuado) le suman la interacción con una serie de barreras que surgen de la situación y de la posición que el VIH y las

²⁸ Richard Wilkinson, Michael Marmot. Social Determinants of Health. The Solid Facts. Copenhagen: OMS–Oficina regional para Europa. 2003. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0005/98438/e81384.pdf.

²⁹ Lawrence Gostin et al. The legal determinants of health: harnessing the power of law and global health and sustainable development. Lancet. 2019; 393: 1857-1910.

³⁰ Equality Act 2010. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents.

³¹ American with Disabilities Act. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: www.ada.gov/2010_regs.htm

³² Código do Trabalho. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: [www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Legislacao/LegislacaoNacional/Documents/CodigoTrabalho_annotado_outubro2019.pdf](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Legislacao/LegislacaoNacional/Documents/CodigoTrabalho_annotado_outubro2019.pdf).

personas con VIH tienen en una sociedad determinada³³. Aunque las personas con VIH, gracias a los tratamientos antirretrovirales, pueden tener controlada la infección y no transmitir el virus incluso si mantienen relaciones sexuales sin preservativo, en el imaginario colectivo siguen siendo consideradas como un peligro para la salud pública y para la salud de aquellas terceras personas con las que se relacionen. Las barreras institucionales, legales y actitudinales surgen de ese imaginario colectivo.

Un concepto amplio de discapacidad encajaría mejor con las directrices internacionales que surgen de la *III Conferencia sobre VIH/Sida y Derechos Humanos*³⁴. La directriz número 5 señala que «los Estados deberán promulgar o fortalecer leyes antidiscriminatorias que protejan a los grupos vulnerables, las personas que vivan con VIH y las personas con discapacidades de sufrir discriminación tanto en el ámbito público como privado; garantizar la privacidad y confidencialidad y los principios éticos en la investigación científica sobre seres humanos; hacer hincapié en la educación y conciliación; y establecer recursos administrativos y civiles rápidos y efectivos». Esta directriz implica que los Estados deban dictar o revisar sus leyes antidiscriminatorias para que éstas protejan a las personas sintomáticas y asintomáticas con VIH, a las personas con Sida, a aquellas personas que se sospecha que tienen VIH/Sida y a aquellos grupos que, sin ser de riesgo, son más vulnerables al VIH/Sida (mujeres, niños, homosexuales, inmigrantes, personas que viven por debajo del umbral de la pobreza, personas desplazadas, presos, trabajadores sexuales, usuarios de drogas parenterales). En segundo lugar, se señala a los Estados el deber de dictar o revisar las leyes de discapacidad para incluir el VIH/Sida en su definición de discapacidad. Por último, las leyes antidiscriminatorias y las leyes de discapacidad deberían cubrir no sólo aspectos relativos al cuidado médico sino también a la seguridad social, las prestaciones de bienestar, la reproducción y los derechos sexuales, el empleo, la educación, el deporte, el alojamiento,

³³ Lawrence Gostin. *The AIDS Pandemic*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 2004.

³⁴ ONUSIDA. *Directrices Internacionales sobre el VIH/Sida y los derechos humanos*. 2006. Acceso en línea [24 de noviembre de 2021]: www.ohchr.org/documents/publications/hivaidsguidelinessp.pdf.

el acceso al transporte y a otros servicios, y deberían luchar por atajar tanto la discriminación directa como la indirecta.

Pero en España, incluso si tuviésemos en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos *Danmark* y *Daouidi*, donde equipara la enfermedad crónica (de larga duración o duración indeterminada) y la discapacidad, el concepto de persona con discapacidad no es amplio sino restringido, de tal forma que las personas con VIH sólo serán reconocidas como personas con discapacidad y, por lo tanto, estarán amparadas por la DA 4ª si han logrado obtener un grado igual o superior al 33% aplicando los criterios recogidos en el RD 1971/1999. Las personas con VIH, por lo tanto, no son reconocidas legalmente en España como personas con discapacidad por el simple diagnóstico.

Por otro lado, dejando a un lado los intentos de equiparar de forma directa o indirecta la discapacidad y el VIH, al ser considerado una enfermedad crónica, la DA 5ª quiere resaltar la situación y posición específica en la que se encuentran las personas con VIH. La DA 5ª tiene, por lo tanto, un valor intrínseco pues tiene la función de establecer una cláusula de derecho antidiscriminatorio específica para las personas con VIH. Esta especificación supone ahonda en la búsqueda de un mayor nivel de igualdad y, por ende, de justicia social en la sociedad pues se trata de garantizar que un grupo concreto de personas tenga las mismas oportunidades que el resto de la ciudadanía³⁵. Con ello se pretende normalizar su vida lo máximo posible, permitiendo su acceso a derechos, bienes y servicios que hasta ahora no podían disfrutar³⁶.

El proceso de especificación de los derechos humanos busca resaltar, por lo general, la existencia de una discriminación estructural que históricamente afecta a un determinado grupo de personas³⁷. Este grupo suele encontrarse en una situación de vulnerabilidad porque su capacidad de tomar decisiones y su capacidad de disfrutar de los beneficios sociales están limitadas, y porque están expuestas a un mayor riesgo o a

³⁵ Gregorio Peces-Barba. Curso de Derechos Fundamentales. Madrid: BOE. 1995; 154-198.

³⁶ Rafael de Asís et al. Sobre la accesibilidad universal en el Derecho. Madrid: Dykinson. 2010: 24.

³⁷ María del Carmen Barranco. Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos. Dykinson: Madrid. 2011; 21-22.

sufrir un daño. Así, al igual que ocurre con las personas con discapacidad, tanto a nivel nacional, como europeo e internacional se han dictado normas antidiscriminatorias a favor de mujeres, menores de edad, poblaciones indígenas o, como en el que caso que nos ocupa, personas con VIH. De esta manera se quiere resaltar que este colectivo de personas se encuentra en una situación y una posición sociales que son diferentes a las que se podrían encontrar las personas con otras enfermedades crónicas. El VIH es una condición de salud que a la discriminación suma el estigma social debido a que dos de las vías de transmisión están relacionadas con el uso de drogas por vía parenteral o con la práctica u orientación sexual de las personas.

2. LOS CASOS DE LA CLÍNICA LEGAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

La Clínica Legal de la Universidad de Alcalá ofrece un servicio de alfabetización legal gratuito a las personas con VIH y a las asociaciones que representan sus intereses. A través de diferentes cuentas de correo electrónico, tanto las personas con VIH como las asociaciones envían su consultas para que un equipo de profesores, profesoras y estudiantes de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho les informen de sus derechos y de las vías existentes de protección, subrayando la existencia del turno de oficio y de la asistencia jurídica gratuita para hacer factible su derecho de acceso a la justicia reconocido en la Constitución.

2.1. Las consultas sobre VIH y acceso a seguros entre enero de 2019 y junio de 2021.

En el período objeto de análisis, entre el 1 de enero de 2019 y el 30 de junio de 2021, se han recibido 893 consultas en la Clínica Legal de la UAH, de las cuales 112, lo que equivale al 12,5%, eran consultas relacionadas con el acceso a un seguro privado de salud, vida o decesos. Se ha elegido este período temporal porque es cuando estaba vigente la reforma de la LCS. En los años previos las consultas sobre acceso a seguros eran porcentualmente menos relevantes. En concreto, entre 2015 y 2018, de un total de 459, se recibieron 27 consultas que estaban relacionadas con el acceso a los seguros privados, lo que equivale al 5,8% de las consultas.

2.2. La tipología de las consultas sobre VIH y acceso a seguros entre enero de 2019 y junio de 2021.

A continuación, mostramos una tipología de las consultas sobre acceso a seguros privados por las personas con VIH que se han recibido en la Clínica Legal de la UAH. Está compuesta de 14 categorías diferenciadas y cada una de ellas incluye un extracto, debidamente anonimizado, del correo electrónico recibido en la Clínica Legal o de la respuesta recibida por la persona con VIH desde la compañía de seguros.

2.2.1. Dudas sobre la declaración del VIH en la contratación del seguro.

De: [REDACTED]
Asunto: Consulta Alta póliza [REDACTED]
Fecha: 29 de marzo de 2019, 7:33:23 WET
Para: [REDACTED]
Cc:

Buenos días ¿Qué tal va todo?

Te escribo de nuevo por el asunto de los seguros que ya respondísteis. tiene oportunidad de cambiar de trabajo a uno en mejores condiciones laborales, en la empresa le ofrecen un seguro privado, al igual que tiene en la empresa actual.

Está preocupada porque en el anterior seguro del trabajo actual, le hicieron rellenar

este modelo de póliza que te adjunto y piensa que le podrían discriminar a la hora de la contratación por ser portadora de VIH.

En el cuestionario hay dos preguntas que pueden revelar su estado serológico: una que pregunta sobre el tratamiento y otra que pone si tiene Sida.

La pregunta es si está obligada a contar su estado serológico y qué pasaría si no pone que es portadora.

Yo le he comentado que si está capacitada para desarrollar el trabajo para el que la contratan no tienen porqué no contratarla, pero la duda está ahí.

2.2.2. Denegación de seguro de vida.

Caso 1: Pruebas de VIH como precondition necesaria a ofertar un seguro de vida.

De:

Asunto: Fwd: Re: Consulta

Fecha: 3 de enero de 2020, 13:49:03 CET

Para: "clinicalegal@cesida.org" <clinicalegal@cesida.org>

Buenas tardes,

Me facilitan su contacto en la asociación Stopsida, tras hacerles una consulta sobre una serología de VIH que me van a realizar para un seguro de vida.

La consulta es saber si siendo indetectable, desde hace 8 años, en dicha serología saldrá la carga viral "x", o simplemente no saldrá detectado. Quiero saber si pueden denegarme el seguro de vida, el cual está vinculado a una hipoteca; para saber cómo actuar y dar pasar seguros.

Gracias por la info.

Saludos

Caso 2: Obligación de contratar un seguro de vida aparejado a un préstamo con garantía hipotecaria.

El 23 sept 2020, a las 13:27,

escribió:

Buenas tardes

Tengo 46 años y me quiero comprar un piso, ya he pasado toda la documentación al banco () y me han concedido el préstamo, he firmado la solicitud y mucho papeles y se supone que el 05 de octubre firmamos las compra en la notaria. Ya he pagado al vendedor 25.000€ de adelanto.

Me obliga el banco a contratar un seguro de vida y pagar por este seguro para 5 años 7.625 €

Me han llamado esta mañana que tengo que ir al hospital () en Madrid y me harán revisión y prueba de sangre y VIH.
(esto yo no lo sabía)

] Yo soy VIH positivo desde 2014. Actualmente CARGA VIRAL NO DETECTABLE, CD4 normales (40%) 560. y tomo una pastilla de Dovato al día, tengo el informe médico de marzo de este año.

Estoy aterrado con la prueba de sangre de VIH y que me denieguen el préstamo o me suban por las nubes la prima anual del préstamo.

Que debo hacer? la legislación me protege en cuanto a que me den el seguro entiendo, pero temo que me suban demasiado la prima del seguro de vida y no pueda asumirlo y perder lo que ya he pagado al vendedor.

También si debo llevar mis pastillas y el informe medico de VIH entiendo.

Por favor si me podéis ayudar con información que me siento nervioso con todo esto

GRACIAS DE ANTEMANO y saludos cordiales,

Caso 3: Denegación de la cobertura de Incapacidad Permanente Absoluta y sobreprima por razón de VIH.

De:
Asunto: Contratación seguro vida VIH - Hipoteca
Fecha: 8 de abril de 2021, 15:24:17 CEST
Para: "clinicalegal@uah.es" <clinicalegal@uah.es>

Buenas Tardes

Antes de nada agradecerles el servicio prestado.

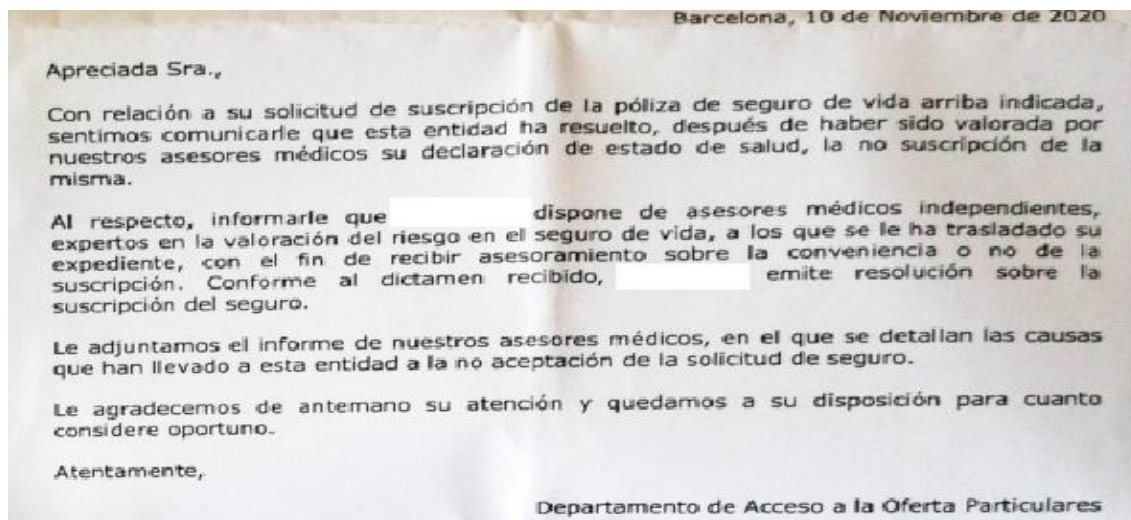
No sé si pueden ayudarme en este caso.

Me llamo [redacted] y he firmado una hipoteca con [redacted]. Dentro de las condiciones de contratación de la hipoteca se establece una reducción del diferencial siempre que yo contrate un seguro de vida. Por operativa de [redacted], este seguro de vida se financia junto con el principal de la hipoteca y cubre 5 años. El importe de este seguro de vida que [redacted] estima asciende a 2200€. Tras realizar el reconocimiento médico (donde informo sobre mi condición como portador del VIH) me comunican que no pueden ofrecerme dentro de las coberturas del seguro la

invalidez permanente, solo me ofrecen cobertura en caso de fallecimiento y me solicitan una sobre prima del 170%, es decir unos 3.700€.

No tengo claro la legalidad de esto ya que según la Ley 4/2018 se indica que no se puede negar cobertura (como están haciendo en caso de invalidez) ni tampoco el establecimiento de condiciones más onerosas (como sucede con el aumento de la prima). Tengo alguna base para reclamar administrativamente o judicialmente? Me lo recomendarían?

Caso 4: Denegación de seguro de vida por razón de VIH.



Atendiendo el requerimiento de la compañía aseguradora de referencia, esta asesoría médica, una vez examinada la documentación requerida en la solicitud del seguro de vida, informa que el solicitante presenta o ha presentado antecedentes de patología infecciosa -VIH- y coinfección VHC y polineuritis axonal.

Es por ello, que esta asesoría médica considera que existen fundadas razones, basadas en criterios médicos justificados, proporcionados y razonables que hacen conveniente no aceptar la solicitud del seguro.

Atentamente,

2.2.3. Denegación de seguro de salud.

De:

Fecha: jueves, 3 de octubre de 2019, 20:37

Para: "consultas@gtt-vih.org" <consultas@gtt-vih.org>

Asunto: Consultas:

Hola me gustaría haceros una consulta a ver si me podéis aclarar un poco para saber cómo actuar. Se que el año pasado ya se aprobó la ley para que las personas con vih podamos contratar seguros de salud y demás y que las aseguradoras no puedan discriminarlos por ello. Corregirme si me equivoco.

El caso es que yo ya contaba con una póliza de la única aseguradora - - que realizaba seguros privados a personas vih + antes de dicha ley, como me resultaba bastante caro pues me decidí a cambiar de aseguradora [REDACTED] motivado por la nueva ley, y en el cuestionario pues dije que tomo ART y me han denegado la póliza. Están en su derecho o están incumpliendo la ley?

Os agradecería cualquier información que me podrais dar. Gracias.

Un abrazo y gracias por vuestra labor.

2.2.4. Denegación de seguro de decesos.

Caso 1: Denegación de un seguro de decesos y duda sobre la posibilidad de obtener bonificación en un préstamo con garantía hipotecaria si se obtiene éste.

Inicio del mensaje reenviado:

De:

Asunto: Seguros de muertos o de vida

Fecha: 23 de mayo de 2019, 12:58:45 CEST

Para: "clinicalegal@cesida.org" <clinicalegal@cesida.org>

Obtener [Outlook para Android](#) hola buen día soy portadora de vih con carga indetectable y he intentado sacarme mi [seguro.de](#) descensos el cual por mi enfermedad me dicen que no se admite conque los precios son más caros que una [hipoteca.es](#) esto cierto? O sabéis de alguna compañía el cual esto no sea un impedimento.

Gracias

Caso 2: Muerte del tomador y barreras para continuar con el producto.

El dom, 6 jun 2021 a las 14:34,

escribió:

Buenas tardes,

Hace poco murió mi padre y me he quedado sin seguro de decesos.

Mi sorpresa es que al intentar contratar un seguro de decesos, me lo están denegando por tener VIH.

¿Es esto legal? ¿No tengo derecho a un seguro de decesos?

Gracias

Asunto: Re: Seguro de decesos

Fecha: 8 de junio de 2021, 15:15:21 CEST

Para: Clínica Legal <clinicalegal@cesida.org>

Hola,

Por escrito no tengo nada. Ha sido de modo telefónico.

La compañía es [redacted]. Tras informarles ayer de que iba a poner esta situación en conocimiento de la prensa y de abogados, me volvieron a llamar y me dijeron que si les enviaba mi último análisis quizás podían ofrecirme el seguro de decesos.

Por otro lado, yo tenía un seguro con [redacted]. Al morir mi padre y no querer hacerme seguro expertia, he decidido desglosar el seguro con [redacted] y continuar con ellos.

En un principio nadie me ha preguntado nada, pero en la documentación que me envían para que les devuelva firmada, se indica que "no se hará ningún seguro si existe alguna enfermedad crónica" y además en ese documento debo decir si he tomado pastillas por más de 30 días.

Os envío la documentación, para ver si podría tener problemas con esta póliza.

Gracias

2.2.5. Denegación de seguro de viaje.

De:

Asunto: Seguro de Viaje

Fecha: 30 de septiembre de 2019, 13:29:01 CEST

Para: clinicalegal@cesida.org

Buenos días,

Mi nombre es _____, he consultado con Cesida por teléfono y me han dado su contacto.

Me voy de viaje este mes de enero 3 meses a India, he intentado buscar un seguro de viaje pero las compañías al declarar que soy seropositivo o bien me han rechazado la póliza o como el caso de una compañía, que se anuncia como aseguradora pionera en este tipo de pólizas, me quiere cobrar 1800€ por la póliza (cuando si no fuera seropositivo sería 300€).

Me he estado informando y por lo visto el año pasado salió una ley al respecto, en el que las compañías aseguradoras no pueden excluir de los seguros a personas con enfermedades preexistentes y ni siquiera preguntar por el estado de salud.

No se que hacer al respecto, si contratar un seguro sin informarles de mi estado serológico o simplemente viajar sin seguro, que me daría mucha inseguridad.

¿Tienen ustedes referencias de algún caso similar o podrían informarme que debería hacer?

Un saludo

2.2.6. Cláusulas de exclusión en seguro de Incapacidad Temporal.

De:

Asunto: Consulta legal sobre VIH

Fecha: 8 de diciembre de 2020, 10:44:21 CET

Para: "clinicalegal@cesida.org" <clinicalegal@cesida.org>

Buenos días,

Me pongo en contacto con ustedes para plantearles una consulta sobre mi situación,

He sido diagnosticado de VIH en agosto de este año después de estar desde marzo con una serie de molestias como dolores estomacales, diarreas etc.. habiendo valorado los médicos problemas de colitis ulcerosa mediante una colonoscopia que se practicó en su día.

Empecé a trabajar por cuenta propia (autónomo) y en octubre de 2018 contraté un seguro de baja laboral, entonces no sabía que era seropositivo y ahora la correduría de seguros me pide además de los partes de baja y alta de la SS un informe médico para cerrar el expediente y proceder al resto del pago de la cobertura contratada (ya se me hizo un anticipo meses atrás). El informe que me facilitó el especialista de enfermedades infecciosas de la seguridad Social que me trata, se lo di personalmente al médico al que me derivó la compañía aseguradora para hacer el seguimiento de mi baja.

Me surgen varias dudas a la hora de actuar:

1º No me parece oportuno enviar por e-mail a la trabajadora de la correduría mis datos médicos como me solicita, ¿estoy en la obligación de hacerlo?, ¿cuáles serían los medios adecuados?, me refiero al informe médico último en el que se me diagnostica VIH, la baja, el alta y la colonoscopia se los envié en su momento.

2º ¿Puede la compañía no hacerse cargo del pago?

3º ¿tengo que notificar a la compañía mi actual condición?, si es así ¿cuáles son los medios seguros de acuerdo con la protección de mis datos personales?

Entiendo que para dar una respuesta a mi consulta pueden necesitar más información, por favor, no duden ponerse en contacto para facilitarles las respuestas necesarias.

- Extracto del seguro contratado por la persona que consulta a la Clínica Legal

ARTÍCULO 2º - Delimitación del riesgo: hechos excluidos del seguro

1. No se concederán indemnizaciones, por

J) Las enfermedades derivadas de la infección del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y todas sus consecuencias.

2.2.7. Vinculación seguros de vida y préstamos con garantía hipotecaria.

> El 27 sept 2019, a las 11:24 escribió:
>
> Hola Buenos días
> Me ha dado vuestro correo [redacted], de la asociación "Lambda".
> Solicité a mi banco una hipoteca, la tengo ya concedida y entregado el dinero. Piso comprado y todo correcto. Sin problema.
>
> La hipoteca estaba ligada a dos seguros, hogar y vida. En el de vida me piden ahora realizar las pruebas de VIH y soy seropositivo. Yo he negado ser seropositivo al considerar que la pregunta invadía mi privacidad como ciudadano.
>
> Mi temor es ahora qué va a suceder?? se me cancelará la hipoteca?? deberé devolver lo prestado?? me podéis dar luz de cómo puedo actuar. Aún no he realizado la analítica, me piden firmar un papel con consentimiento para los análisis de VIH.

2.2.8. Descubrimiento del VIH antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2015.

De: .
Asunto: Consulta sobre seguros medicos +vih
Fecha: 11 de marzo de 2021, 18:32:14 CET
Para: "clinicalegal@cesida.org;" <clinicalegal@cesida.org>

Buenos dias,
Me gustaria hacerles una consulta sobre un seguro de salud que tengo.

Tuve un seguro privado de salud en España desde hace muchos años; desde el año 2011 (contratado en su día por la entonces empresa por la cual trabajaba, pero a mi nombre). En 2013 me diagnosticaron el vih+, durante este periodo entiendo que estaba cubierto de la póliza de seguros porque la infección se produjo después. Cuando perdí mi trabajo en Junio 2016, la empresa de seguros me obligó a darme de baja de la póliza de la empresa y volver a contratar el seguro de forma privada el mismo día, me habían dicho en este momento que se tomaba en cuenta la antigüedad y que era solo una práctica administrativa normal al pasar de póliza de empresa, a póliza particular (bueno de autonomo) tambien me dijieron durante la llamada de contratación que no era necesarios rellenar un formulario médico, porque consideraban que era una cobertura interrumpida y que no era necesario, eso me dejó tranquilo en este momento.

Mi duda es si eso realmente es así y al día de hoy, con la nueva ley entra en vigor Enero 2016 es cierto? Estoy cubierto? No he comunicado mi condición en nignun momento formalmente, tambien porque pensaba que no era necesario. Mi consulta es para saber si mi póliza es válida y si debería avisar este seguro o darme de baja y contratar otro? No me siento cómodo compartiendo estas informaciones si no es estrictamente necesarias, pero tampoco quiero tener una póliza que no me sirve de nada o que no he hecho las cosas como tocan.

Tambien tengo un seguro de vida antiguo contratado antes de infectarse y supongo que este seguro también va bien por la antigüedad. Pero voy a tener que contratar uno nuevo por otra casa a finales de este año, cómo debería actuar? Si me piden rellenar un formulario medico, y pregunta si tengo vih tengo que contestar si o la pregunta ya no debería por ley aparecer?

Finalmente, si una persona vih+ se encuentra hoy en día en una situación donde piden rellenar un formulario donde te piden si eres vih+.. por ejemplo he visitado el dentista hace un año y pico por una simple limpieza, me pedían contestar si o no en un formulario y no sabia que hacer porque entendia que esta pregunta ya no es legal... no son ilegales estas preguntas ahora con la nueva ley? Se supone que toman las mismas medidas de seguridad con todo el mundo puesto que personas que desconocen su estatus serológico pueden ser más peligrosos que una personas vih+ bajo tratamiento médico con carga viral indetectable que es incapaz de transmitir el virus.

2.2.9. Obligación de comunicar el VIH en formularios dirigidos a colegios profesionales.

De:

Asunto: Inscripción en mutua de

Fecha: 29 de septiembre de 2019, 18:50:15 CEST

Para: "clinicalegal@uah.es" <clinicalegal@uah.es>

Hola buenas tardes,

Les escribo respecto de una duda que me ha surgido al comprobar los requisitos para inscribirme en la mutualidad de ["Mutua de Seguros de Vida de la Universidad de Alcalá"](#). Ya que he observado que existe un cuestionario en el que preguntan si tomo medicación y de si la enfermedad a tratar es sobre la sangre, instando a indicar cuando inició la patología y el estado actual en el que se encuentra. En este caso estaría obligado para poder colegiarme indicar mi estado serológico y la medicación que utilizo? Ya que en parte no quiero indicarlo en dicho cuestionario al tener que aportar incluso una foto.

Les adjunto dicho documento para que puedan comprobarlo.

Muchísimas gracias de antemano.

Un saludo

2.2.10. Denegación de cuenta sin comisiones por denegación de seguro de vida.

De: Sava Antisida Lleida <sava@antisidalleida.org>

Asunto: Consulta seguro de vida entidad bancaria

Fecha: 9 de diciembre de 2019, 12:44:18 GET

Para: clinicalegal@uah.es

Buenos días,

Desde la Associació Antisida de Lleida hemos detectado un caso de discriminación a un usuario de nuestra entidad que nos gustaría compartir con vosotras/os por si hay alguna acción legal que se pueda hacer al respecto.

El usuario ["XXXXXXXXXX"](#) cobra su pensión en la entidad bancaria "["XXXXXXXXXX"](#) desde hace muchos años. A principios del 2018 le cobraron unos intereses que no le correspondían para su cartilla de pensionista, el hizo la reclamación pertinente y le comentaron que para poder tener la cartilla con la modalidad de pensionista con ellos tenía que contratar un seguro con la entidad bancaria. Le propusieron un seguro de vida y él aceptó. A los pocos días recibió la llamada de la aseguradora haciéndole las preguntas correspondientes para dar de alta el seguro de vida y cuando le preguntaron si tenía alguna enfermedad y el dijo que era VIH+ le dijeron que no podía contratar el seguro.

Hace pocos días, desde su oficina le volvieron a comentar que tenía que contratar un seguro para poder mantener la cartilla como pensionista, pero el usuario no dispone de ninguna propiedad, así que no puede asegurar nada.

Quedamos a la espera de vuestra respuesta.

Muchas gracias por la tarea que realizáis.

2.2.11. Rechazo a eliminar el copago por razón de VIH.

De: [Redacted]
Asunto: Seguro privado
Fecha: 21 de enero de 2020, 15:24:53 CET
Para: clinicalegal@uah.es

Buenas tardes,

Mediante página web he visto que sois especializados en derecho a las personas serropositivas.

Les cuento mi caso:

Estoy con seguro privado de salud de [Redacted] desde 2015, pero en copago. Hace poco he leído en internet que con la ley 4/2018 ya no se pueden excluir de los seguros a personas con esta enfermedad. No obstante en [Redacted] me siguen poniendo trabas para pasar a seguro normal y no ser de copago, en [Redacted] no me aceptan, y en [Redacted] me excluyen directamente.

Veo que la ley no lo está aplicando de momento ninguna de estas compañías, pese que me solicitan mi informe médico, y lo facilito, donde consta claramente que llevo desde el año 2007 con carga viral indetectable, y en un perfecto estado de salud con mis controles rutinarios trimestrales.

Conocéis alguna compañía que cumpla con esta ley, o solo es un bulo?

2.2.12. Impacto de la denegación en el permiso de residencia.

De: [Redacted]
Asunto: Seguro de Salud
Fecha: 1 de junio de 2020, 10:36:29 CEST
Para: clinicalegal@cesida.org

Hola, Soy [Redacted] brasileño con ciudadanía alemana y VIH positivo por más de 15 años, asintomático, en tratamiento con antirretrovirales y sin carga viral detectable.

En junio de 2019 llegué a España por un período de 2 a 5 años. A pedido del gobierno español, contraté un seguro de salud. Mi primera opción fue la empresa [Redacted], pero mi póliza fue denegada debido a la enfermedad. Hice una póliza con otra compañía [Redacted] pero no informé la preexistencia por temor a que me rechazaran el contrato y tener mi residencia denegada por falta del seguro de salud.

Recibo mi medicamento de Brasil y disfruto de una salud total. Me gustaría saber si la compañía de seguros puede cancelar mi póliza si veo a un especialista en enfermedades infecciosas para mis exámenes anuales. Todavía no soy parte del sistema de salud público español ya que estaba estudiando y solo este año debería trabajar y ser dado de alta como autónomo.

Vivo en San Sebastián en el País Vasco y me gustaría recibir orientación sobre cómo proceder con mi rutina de exámenes y citas médicas. También me gustaría saber si puedo recibir tratamiento en España o si debería seguir recibiendo mi medicamento de Brasil.
Gracias

Rony

2.2.13. Imposibilidad de beneficiarse de las coberturas de un plan de jubilación por las barreras de acceso a los seguros de salud privados en España.

De:
Asunto: RE: Health Plan -
Fecha: 17 de febrero de 2021, 21:56:48 CET
Para: CLÍNICA LEGAL - UNIVERSIDAD DE ALCALA <clinicallegal@uah.es>

Muchísimas gracias por su correo, que no esperaba tan pronto.

En respuesta a sus preguntas, decirles que tanto mi marido como yo tendremos 56 años y no tenemos intención de realizar ningún tipo de trabajo en España. Estaremos retirados y recibiremos nuestras pensiones estadounidenses. Soy consciente de nuestro acceso al sistema nacional de salud, pero la jubilación de él incluye el reembolso completo de las cuotas a una mutua privada para él y su cónyuge, aunque sea en otro país. Esto es frecuente en EE.UU., donde los sistemas públicos cubren tan poco. Mi jubilación incluye un plan diferente, más complicado (reembolso del 80% de cada uno de los servicios prestados fuera de los EE.UU., no de una mutua, es decir, debería enviarles cada factura de servicio por separado).

Como comentan, mi carga viral es indetectable y mi intención es tratar el VIH a través de la Seguridad Social española, no de la mutua, pero tampoco quiero mentir a la mutua sobre este tema.

De nuevo agradecerles su pronta respuesta. Quedo a la espera de más información.

2.2.14. Falta de operatividad de la no obligación de comunicar la variación en el estado de salud en los seguros de personas cuando se contrata otro producto del ramo con la misma compañía.

De: [REDACTED]
Asunto: cambio de póliza en seguro de salud persona con vih
Fecha: 22 de diciembre de 2020, 15:04:23 CET
Para: clinicallegal@uah.es

Hola
Mi nombre es [REDACTED] actualmente tengo un seguro de salud contratado con [REDACTED] desde el 2009.
En 2015 me diagnosticaron vih, estando siempre en buen estado y sin nunca desarrollar sida

Actualmente quiero cambiar de póliza a una que tenga política de reembolso y en la solicitud me han pedido datos de salud, entre ellos mi condición serológica, yo he dicho la verdad, aunque después de entregar un formulario vi esto:

Además, desde el 1 de enero de 2016, debido a la modificación de la Ley de Contrato de Seguro, en los seguros de personas, el tomador o el asegurado no tienen la obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud. Así, si una persona tenía contratado un seguro y es diagnosticado de VIH con posterioridad a esta fecha, no tiene que informar a la aseguradora

Ya no se si estaba en mi derecho de guardarme esta información, por otro lado vi q desde el 2018 hay un decreto en el q no se puede discriminar a las personas por su condición serológica negandoles o aumenrandoles las cuotas en los seguros de salud

queria que me informarias un poco, si he hecho bien, si se pueden negar a darme el cambio de póliza y si puedo hacer algo

2.2.15. La comunicación del VIH del hospital que presta el servicio a la aseguradora.

De: [REDACTED]
Asunto: Consulta seguro privado para un VIH
Fecha: 26 de octubre de 2020, 10:39:16 CET
Para: clinicalegal@uah.es

Buenos días

Ante todo agradecer este canal de contacto para poder recibir información a respecto a muchas dudas q nos ocasiona está enfermedad.

Mi familiar es VIH indetectable, desde hace 7 años, hace dos contrato un seguro privado en el cual no informo de su enfermedad.

El lleva todo su tratamiento por la seguridad social, se hizo el privado pues para consultas normales como cualquier persona.

Yo me he enterado de su enfermedad hace 1 semana.....ha sido un shock...pero tenemos q hacer la cosas bien.

El está ahora hospitalizado por una posible Etnia y está en el hospital privado, la duda es q en caso q tengan q operarle el tendrá q informar de su enfermedad y su seguro privado la desconoce.

El tiene [REDACTED], que puede pasar si le comunicamos a [REDACTED] de si enfermedad? Está obligado ha hacerlo? El hospital lo tiene q comunicar?

En casona [REDACTED] decida cancelar su póliza, hay algún seguro privado q lo acepte?

Espero q entienda un poco la situación y puedan aclararnos nuestras dudas.

Recibir un gran abrazo y gracias por la ayuda.
[REDACTED]

2.2.16. Las dudas sobre si se ha planteado formulario de salud previo.

Caso 1: Se piden informes médicos solo de los asegurados mayores de 65 años

Soy [REDACTED] me pongo en contacto con ustedes con bastante dolor, sintiendo un rechazo hacia mi difunto hijo por algo que no debería, ser portador de VIH no debería ocasionar un rechazo a tener una muerte digna, una discriminación, la aseguradora [REDACTED] es la aseguradora que yo contrate para mi, y mis hijos que viven conmigo, mi hijo Francisco falleció en el 2019 debido a un cáncer del que no sabíamos nada, cualquiera puede tenerlo y no darse cuenta por un largo tiempo, y esta aseguradora manifiesta que no cubre los gasto de sepelio por tener otra patología, siendo esta el VIH cuando por esa enfermedad se puede vivir muchos años, sentimos que lo están discriminando por ello, ya que su muerte no tuvo nada que ver con esta enfermedad.

Cuando se hizo el seguro, no pidieron informes de salud de todos los asegurados, solo los de las personas aseguradas mayores a 65 años, así que por tanto solo aporte los míos, [REDACTED] lo contraté en el año 2018 y nos enteramos del cáncer en el 2019 mismo año en el que falleció. Ahora la funeraria [REDACTED] reclaman la cantidad de 4.257,77€ a mi hija [REDACTED] o el embargo de su nómina, ya que ella firmó en el momento del fallecimiento de mi hijo los papeles porque yo no estaba y por ello la aseguradora no quiero hacerse cargo y le reclaman a ella.

Caso 2: Se asume que si el proceso se realiza en una entidad financiera no existió formulario de salud previo.

El 2 ago 2021, a las 12:21,

escribió:

Buenos días, le indico mi consulta no sin antes agradecerles la ayuda que nos proporcionan. En estos momentos me encuentro bastante perdida ante la situación que me ha surgido. Mi marido le diagnosticaron VIH+ en el año 2.000 lo controla de su anterior pareja y desde entonces siempre estuvo muy controlado e indetectable. En el año 2.005 al separarse contrato una hipoteca con una entidad financiera en la cual iba incluido un seguro de vida obligatorio quedando saldado en caso de fallecimiento. En ningún caso a él le realizaron un cuestionario de salud pues el contrato siempre lo realizaron agentes comerciales de financiera. En enero del 2020 le diagnosticaron un carcinoma pulmonar microcítico con metastasis cerebral y falleció el 17/05/2021. Le hemos enviado la partida de fallecimiento y el informe de Exitus y nos reclaman el historial médico de la Seguridad Social, hay que reflejar que antes de la firma él ya era seropositivo y en la póliza viene que quedarían excluidos. Mi pregunta es si primero tengo la obligación de mandarlo? y si ellos pueden no abonar este siniestro? Espero su respuesta. Si necesitan más información no duden en ponerse en contacto conmigo para transmitirla. De nuevo le doy las gracias. Un saludo.

2.2.17. Denegación de seguro de salud dentro de un plan de empresa.

De: [Redacted]
Asunto: Duda sobre caso con [Redacted]
Fecha: 19 de abril de 2021, 19:41:13 CEST
Para: clinicalegal@uah.es

Hola,

Quería plantearos un caso real que me acaba de ocurrir y cómo podría proceder para que un seguro de salud [Redacted] no se salga con la suya ante este supuesto caso de discriminación.

Mi empresa tiene una póliza de seguro de salud corporativo a través de [Redacted]. En mi caso por contrato me cubren el 100% del importe del seguro.

Recientemente procedí a rellenar el cuestionario de salud e indiqué claramente mi condición de VIH+, especificando que estaba en tratamiento desde hace años y mi estado actual es indetectable, lo mismo que le confirmé a la persona del área de Riesgos de [Redacted] y aún así me rechazaron por esta enfermedad preexistente en el momento del alta. Además, añadiendo que no me discriminaban, que era como el grupo de enfermedades oncológicas :(

Viendo el magnífico post <https://masmorbomenosriesgo.es/2019/04/11/la-contratacion-de-servicios-privados-por-las-personas-con-vih>, incumplen con la legislación actual.

Me gustaría vuestro punto de vista legal y cómo recomendáis proceder. Por mi parte al ser una póliza corporativa lo he puesto en conocimiento de mi empresa, con una persona de confianza de RRHH para tener su apoyo en el proceso.

Espero vuestra respuesta,

Muchas gracias,

3. LA PROPOSICIÓN DE LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

El principal problema que podría achacarse a la DA 5ª es su falta de eficacia en la respuesta a la discriminación por razón del estado de salud o estado serológico. De ahí que en este apartado se analice en qué consiste la discriminación por razón del estado serológico y de qué manera se podría hacer que la DA 5ª fuera más eficaz aprovechando la tramitación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

3.1. Discriminación por razón del estado serológico.

El artículo 14 de la Constitución no incluye de forma expresa la condición salud como una de las causas por las que no puede dispensarse un trato discriminatorio a las personas. Sin embargo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, la salud es una de las condiciones personales a las que se refiere la cláusula abierta incluida en éste. De tal forma que, si se dispensa un trato diferenciado a una persona sobre la base de su estado de salud, la constitucionalidad de dicho trato dependerá de si supera el juicio de proporcionalidad basado en el examen de la idoneidad de la medida, de su necesidad y de su proporcionalidad³⁸.

En el caso de las personas con VIH, las principales problemáticas con las que se encuentran tienen su origen en la discriminación basada en su condición de salud³⁹. Ciertamente, se trata de una de las vulneraciones de los derechos humanos más significativas en el campo del VIH pues la discriminación proviene de un proceso de estigmatización en el que se crean estereotipos negativos y prejuicios y que tiene su base en el miedo y en la ignorancia⁴⁰. A pesar de los grandes avances médicos conseguidos en torno al VIH, en nuestro país, hoy en día, siguen existiendo ámbitos en los que las

³⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5.

³⁹ Miguel Angel Ramiro Avilés. Aspectos jurídicos del VIH: Los derechos de las personas con VIH en España. En Formación de mediadores y mediadoras para el apoyo a personas con VIH. Madrid: UNED. 2017: 586.

⁴⁰ Shirli Werner Public stigma and the perception of rights. Research in Developmental Disabilities. 2015; 38: 262-271.

personas con el VIH son discriminadas por razón de la seropositividad a este virus y las razones derivan principalmente de la falta de actualización y adecuación normativa y actitudinal con respecto de los datos actuales de la enfermedad.

La discriminación supone que a ese grupo al que se le ha atribuido un estereotipo negativo se le trata de forma diferente sin existir una causa que lo justifique. Esto supone que se les atribuye una supuesta peligrosidad porque el virus se puede transmitir, lo cual supone un perjuicio pues justifica la limitación de sus derechos. El hecho de que se siga considerando que las personas con el VIH son un ‘peligro social’ y que es necesario limitar, condicionar o restringir sus derechos porque la sociedad tiene un derecho superior a la salud pública pone de manifiesto la existencia todavía hoy de barreras sociales; barreras que, desafortunadamente, se reflejan en los casos que han llegado a la Clínica Legal y que mencionábamos este informe.

Sin duda, la discriminación es la consecuencia más grave de la estigmatización en el colectivo de personas que viven con el VIH pues la misma no solo conlleva la propia discriminación en sí de estas personas, sino que también supone la imposición de una serie de restricciones en el ejercicio de sus derechos que son excesivas pues existen otras medidas menos lesivas para alcanzar fines constitucionalmente importantes. Se les impone un curso de acción que es diferente al que va a seguir el resto de los ciudadanos, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional⁴¹. Esto es sumamente importante a la hora de tomar la decisión de restringir el ejercicio de un derecho pues aunque el TC señale que la CE no prevé expresamente la posibilidad de sacrificio legítimo de un derecho, ello no significa que sea un derecho absoluto⁴². Esto es, un derecho fundamental puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin previsto y se respete el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés

⁴¹ Miguel Angel Ramiro Avilés, Paulina Ramírez Carvajal. Discriminación por razón de VIH. Revista Multidisciplinaria del Sida. 2016; 14(9): 45-54.

⁴² Tribunal Constitucional. Sentencias 234/1997, 18 de diciembre, FJ 9; 70/2002, 3 de abril, FJ 10; 25/2005, 14 de febrero, FJ 6; y 206/2007, 12 de febrero, FJ 6; y 70/2009, 23 de marzo, FJ 3

constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho⁴³.

3.2. Propuesta de enmienda del artículo 15.2 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Es interesante observar cómo han concurrido en el tiempo la tramitación de tres propuestas encaminadas a eliminar las barreras que las personas con discapacidad enfrentan en la contratación de seguros: la adaptación del artículo 25 e) CDPD al ordenamiento jurídico español, la tramitación de la propuesta para la nulidad de las cláusulas excluyentes por razón de VIH y la Proposición de Ley integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Esta última lleva vagando por el Congreso desde el 2011, momento en el que el artículo 19.2 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con número 121/000130 admitido a trámite y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 10 de junio de 2011, rezaba de la siguiente manera:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo dos de la presente Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en ningún caso y bajo ninguna justificación podrá constituir el sexo un factor que determine diferencias de trato en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.”

⁴³ Francisco Bastida et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid: Tecnos. 2004.

Actualmente, el artículo 15.2 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con número 122/000121 admitida a trámite y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 29 de enero de 2021 establece:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros”

Si se compara la dicción literal de ambos preceptos puede comprobarse que se ha eliminado el párrafo segundo y se ha cambiado la dicción “en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4” por “en los términos previstos en la normativa en materia de seguros”. Esta última modificación surge del informe de la ponencia sobre la Proposición de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con número 122/000077, que entendemos aceptaba parcialmente la enmienda al texto número 96 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que proponía la siguiente dicción:

“(…) en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4 y en las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Ley de Contrato de Seguro

En el ámbito de los contratos de seguros o servicios financieros afines, se considerará proporcionada a la finalidad del seguro, y por tanto, no constituirá discriminación, el establecimiento de diferencias de trato, cuando para el acceso o para la evaluación del riesgo sean factores determinantes el estado de salud, la edad o la situación de discapacidad, y dicha evaluación esté basada en datos actuariales y estadísticos precisos, o en el conocimiento o la experiencia médica pertinente y fiable”

Sin embargo, esta aceptación parcial se hizo con una defectuosa técnica legislativa que no fue corregida cuando se presentó en este año 2021 de nuevo para su consideración. Esta afirmación se debe a que el alcance subjetivo del “apartado dos del artículo 4 y en las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Ley de Contrato de Seguro” y “en la normativa en materia de seguros” es distinto. Las DDAA 4ª y 5ª LCS se refieren a las

personas con discapacidad, VIH u otras condiciones de salud, pero la normativa de seguros también protege por razón de sexo. Es más, el artículo 94 de la LOSSEAR fija que “no podrán establecerse diferencias de trato entre mujeres y hombres en las primas y prestaciones de las personas aseguradas, cuando las mismas consideren el sexo como factor de cálculo”, mientras que las DDAA 4ª y 5ª permiten la denegación en la contratación y la imposición de causas más onerosas si estas acciones se encuentran fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Esto, unido al hecho de que no existe protección en la normativa aseguradora específica para otros motivos incluidos en la lista del artículo 2 de la Proposición como la raza o el nacimiento, nos lleva a tener que leer este inciso de la siguiente manera:

“salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros si la hubiera”

Creemos que esa lectura no debería triunfar porque la referencia original al artículo 4.2. de la Proposición o a la normativa en materia de seguros se hace para delinear el test al que debe ser sometido el tratamiento diferencial en la contratación de seguros. Es decir, una correcta aceptación parcial de la enmienda debería haber dicho “en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4 y, en su caso, en la normativa en materia de seguros”. Así se cubrirían todos los supuestos de la Proposición con el artículo 4.2. de la Proposición y se remitiría a la normativa aseguradora para los que tengan un régimen especial, quedando esta norma como una suerte de *lex generalis*. De quedarse el texto como reza actualmente seguiría existiendo la posibilidad para aquellos motivos no cubiertos en la normativa aseguradora de acudir al artículo 4.2 de la Proposición, pues no deja de ser una disposición general de la misma norma, pero a buen seguro surgirían detractores que apelarían a una interpretación originaria.

Aún así, la cuestión tiene un calado más profundo y se genera por lo que parece intuirse es una plasmación del test usado para deslindar diferenciaciones conformes al ordenamiento jurídico y contrarias a éste por discriminar sobre la base de los motivos contenidos en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 y asimilados. Este test ha sido aludido, entre otros, en el Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal

Constitucional 27/2004 con las siguientes palabras: “el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”⁴⁴. Sin embargo, el artículo 15.2 de esta Proposición alude únicamente a “la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes”.

Por lo tanto, únicamente de la dicción literal podemos deducir que se ha obviado relacionar la finalidad pretendida con la medida adoptada y el resultado producido. Esto conlleva a que se ignoren y obvien las repercusiones que la denegación de ese producto va a generar en la persona y, como hemos documentado apropiadamente en este informe, entre estas consecuencias está el igual disfrute de los derechos fundamentales. Esta lógica casa mal con una respuesta basada al VIH basada en derechos que no entiende las barreras que las personas encuentran por razón de su estado de salud como una cuestión individual, sino como un constructo de la sociedad que debe ser modificado para que todas las personas pueden participar en igualdad de condiciones. Además, ¿qué significa que se puede denegar la contratación de un seguro o establecer diferencias de trato si es proporcionado a la finalidad del seguro? Si esto quiere decir que si la finalidad del seguro es prestar asistencia sanitaria pueden realizarse estas acciones basándose en la salud de la persona, la virtualidad de esta previsión sería nula.

Este escenario se agrava si se cuestiona cuáles serán las condiciones objetivas de las personas y cómo serán tenidas en cuenta. No parece que esta norma exija la explicación de por qué se tiene en cuenta el VIH y no otras condiciones de salud y el conocimiento del cómo es tan escaso que incluso la enmienda aquí señalada propone el saber médico como alternativo al actuarial, como si fuesen dos áreas que pudiesen desasociarse en todos los supuestos. De manera añadida, este artículo vuelve a fallar, como las DDAA 4ª y 5ª LCS, en la falta de exigencia de aportar documentación para avalar sus acciones y de imposición de una sanción en caso de incumplimiento. Por lo tanto, se propone que se modifique el artículo 15.2 de la Proposición para incluir todas las consideraciones aquí vertidas. Esto es, que se aluda al test fijado en el artículo 4.2 de

⁴⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia 27/2004, de 4 de marzo, FJ 3.

la Proposición y se incluya un nuevo apartado en el que se establezca la obligación del asegurador, cuando preste un trato diferencial por alguno de los motivos protegidos, de presentar a la persona interesada junto con su decisión un informe personalizado donde se detalle la excepcionalidad de la situación, la finalidad legítima y por qué la acción tomada es un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Si no se cumpliera la obligación de aportar este documento, se deberá aceptar automáticamente la solicitud de contratar en unas condiciones estándar. Asimismo, se sugiere incluir entre los actos prohibidos “rechazar la renovación”, pues carecería de sentido imponer un estándar más alto al acceso que a la permanencia.

En línea de este refuerzo, pero sin abordar las penalizaciones ante su incumplimiento, se manifestaba el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. De acuerdo con ésta, el considerando 15 y el artículo 2 (7) de la Propuesta, que permitían llanamente que las aseguradoras tomaran en cuenta la discapacidad para la determinación de la prima, deben quedar redactados de tal manera que, para que se pueda recurrir a factores actuariales y de riesgo ligados a la discapacidad en la prestación de servicios de seguros: los prestadores de servicios deben demostrar la existencia de unos riesgos significativamente mayores a partir de principios actuariales o de datos estadísticos exactos o médicos, siendo estos últimos únicamente los objetivos y comprobados y el conocimiento médico irrefutable que cumple las normas relativas a la recogida de datos médicos; las entidades deben asegurar que la diferencia de trato está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y que los medios empleados para lograr dicha finalidad son proporcionados, necesarios y eficaces; los datos usados tienen que ser precisos, recientes y pertinentes y ser facilitados previa solicitud y los factores actuales y de riesgo deben reflejar los cambios positivos en lo que a esperanza de vida y envejecimiento activo se refiere, así como el aumento de la movilidad y la accesibilidad para las personas con discapacidad. Incorporar esta construcción a nuestra legislación sería coherente con la justificación aportada para la enmienda que derivaría en la DA 5ª, anticiparse a los avances de la UE en la materia.

CONCLUSION

A pesar de la reforma legal operada en España en 2018, por la que se reafirma el derecho de las personas con VIH a no ser discriminadas por razón de estado de salud en la contratación de seguros, la norma no es eficaz, tal y como podemos comprobar en las consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Las compañías de seguros no están aportando las causas justificadas, proporcionadas y razonables, documentadas previa y objetivamente, para legitimar el rechazo a asegurar, la imposición de unas condiciones más onerosas o el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes. Esto supone que las personas con VIH sigan viendo cómo se mantienen barreras de carácter institucional, legal y actitudinal que les impiden disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas, lo cual merma sus oportunidades, por ejemplo, de promoción en el ámbito laboral o de normalización de sus vidas. Por dicho motivo es preciso reforzar los mecanismos de protección del derecho obligando al asegurador, cuando preste un trato diferencial por alguno de los motivos protegidos, de presentar a la persona interesada junto con su decisión un informe personalizado donde se detalle la excepcionalidad de la situación, la finalidad legítima que persigue su resolución y por qué la acción tomada es un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Si no se cumpliera la obligación de aportar este documento, se deberá aceptar automáticamente la solicitud de contratar en unas condiciones estándar.



CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27

28221 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>