

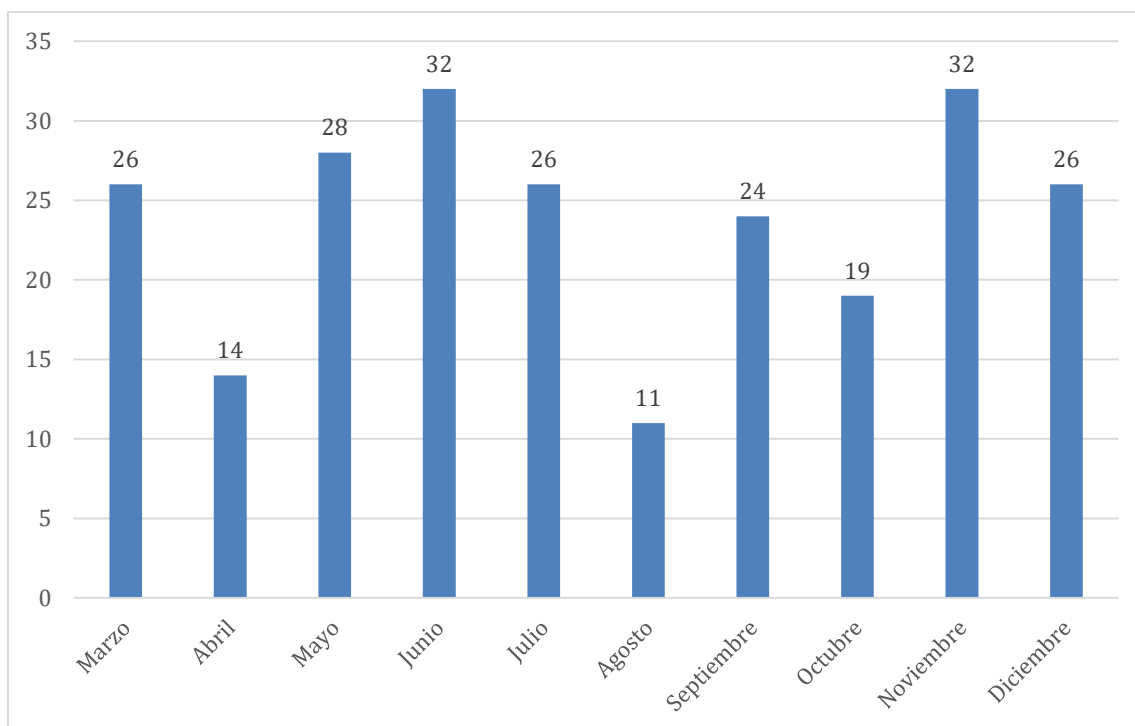
CONSULTAS CLÍNICA LEGAL CESIDA-UAH (Abril-Diciembre 2020)

Miguel Ángel Ramiro Avilés
Paulina Ramírez Carvajal
Berta Martín Jiménez

Universidad de Alcalá

Se recoge en este informe un análisis de las consultas recibidas en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá entre el 1 de abril de 2020 y el 31 de diciembre de 2020, dando cumplimiento al compromiso establecido en la ayuda económica recibida por CESIDA para sufragar los costes que genera este servicio de alfabetización legal *pro bono* de las personas con VIH.

Este período temporal de análisis coincide con la declaración del estado de alarma en España el 14 de marzo de 2020 y el confinamiento general de la población como consecuencia de la emergencia sanitaria de relevancia internacional (pandemia) declarada por la Organización Mundial de la Salud a raíz de la aparición de un coronavirus, el SARS-CoV-2, desconocido hasta este momento, que causa una enfermedad, la COVID-19, que ya ha producido más de 2,5 millones muertes a nivel mundial y 70.000 en España. Aunque en el análisis mensual de casos puede comprobarse un cierto retroceso en el mes de abril, posiblemente el más duro de la primera ola, el ritmo de consultas se mantiene constante a partir de mayo, con el lógico descenso en el mes de agosto; la bajada de consultas en octubre posiblemente también se deba a que la segunda ola estaba en su punto más alto.



No obstante, el servicio de alfabetización legal no se ha interrumpido en ningún momento gracias a los/las estudiantes que durante los cursos académicos 2019-2020 y 2020-2021 han colaborado o están colaborando en este proyecto de aprendizaje-servicio.



Una de las preocupaciones que tuvimos en la Clínica Legal de la UAH es que las personas con VIH sufrieran más casos de discriminación y limitación de sus derechos durante la pandemia. Dicho temor, al menos con el análisis de las consultas recibidas, no se ha concretado pues no hemos detectado un número significativo de casos en que a la discriminación por VIH se uniera la discriminación por SARS-CoV-2 o COVID-19 debido a una errónea equiparación entre ambos virus y condiciones de salud. No obstante, sí se han recibido casos en que las personas con VIH preguntaban de qué manera les afectaba la regulación del procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 puesto que había una mención a las personas con inmunodeficiencia como un grupo especialmente sensible.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta es planteada por una persona con VIH. Comenta que desde el departamento de prevención de riesgos laborales de su empresa le están solicitando un certificado médico a aquellas personas que forman parte de los grupos vulnerables

ante de la infección COVID-19. Desea saber si el dato del VIH es necesario que aparezca en dicho certificado.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: artículo 14 (sobre el derecho a la protección frente a los riesgos laborales); artículo 17 (sobre los equipos de trabajo y medios de protección); artículo 21 (sobre el riesgo grave e inminente); artículo 25 (sobre la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos); artículo 44 (sobre la paralización de trabajos); artículo 53 (sobre la suspensión o cierre del centro de trabajo).

- . Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: artículo 34.8 (sobre el derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo); artículo 37.6 (sobre el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria para encargarse del cuidado directo de un familiar).

- . Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19: artículo 5 (sobre el carácter preferente del trabajo a distancia); artículo 6 (sobre el derecho de adaptación del horario y reducción de jornada).

- . Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública: artículo quinto (sobre la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19).

- . Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo: artículo 3 (sobre la evaluación de los riesgos); artículo 5 (sobre las medidas específicas de prevención y protección); artículo 7 (sobre las medidas a adoptar frente a accidentes, incidentes y emergencias); artículo 9 (sobre la información y formación de los trabajadores).

- Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual: artículo 3 (sobre las obligaciones generales del empresario); artículo 4 (sobre los criterios para el empleo de los equipos de protección individual); artículo 5 (sobre las condiciones que deben reunir los equipos de protección individual); artículo 7 (sobre la utilización y mantenimiento de los equipos de protección individual); artículo 10 (sobre las obligaciones de los trabajadores).

- Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo: artículo 4 (sobre la identificación y evaluación de riesgos); artículo 6 (sobre la reducción de los riesgos); artículo 7 (sobre las medidas higiénicas); artículo 8 (sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores); artículo 12 (sobre la información y formación de los trabajadores).

- Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo: artículo 3 (sobre la obligación general del empresario); artículo 11 (sobre la información a los trabajadores).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por ponerse en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Efectivamente, usted, por el hecho de tener VIH, forma parte de los grupos vulnerables, según lo dispuesto en las Recomendaciones incluidas en el documento de Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos

Laborales frente a la Exposición al SARS-CoV-2, de 8 de abril de 2020 (<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL COVID-19.pdf>). En las mismas se señala lo siguiente:

“Con la evidencia científica disponible a fecha 8 de abril de 2020, el Ministerio de Sanidad ha definido como grupos vulnerables para COVID-19 las personas con diabetes, enfermedad cardiovascular, incluida hipertensión, enfermedad hepática crónica, enfermedad pulmonar crónica, enfermedad renal crónica, inmunodeficiencia, cáncer en fase de tratamiento activo, embarazo y mayores de 60 años”.

Por el hecho de tener el VIH usted estaría incluido dentro de esta definición ya que el VIH se incluye en las “inmunodeficiencias”, según lo dispuesto en la Instrucción de la Dirección General de Inspección y Ordenación Sanitaria, sobre el Procedimiento de Actuación en Incapacidad Temporal frente a la Exposición al Nuevo Coronavirus (SARSCOV2) en la Comunidad de Madrid (19/3/2020), que puede consultar en el siguiente enlace: <https://fundacionio.com/wp-content/uploads/2020/03/Infografia-COVID19-en-AP.pdf>.

Precisamente por formar parte de este grupo de trabajadores especialmente sensibles a riesgos, el departamento de riesgos laborales le solicita un informe médico para, en el caso de ser necesario, tomar las medidas laborales correspondientes con el fin de proteger la seguridad del trabajador, la de los compañeros de trabajo con los que se relacione y otras terceras personas. Estas medidas laborales se refieren a la adaptación del puesto de trabajo, reubicación del puesto de trabajo, reducción de jornada e, incluso, la baja laboral temporal.

No obstante, para llevar a cabo cualquiera de esas adaptaciones del puesto de trabajo, el examen de cada trabajador debe ser individualizado. Según las Recomendaciones del Ministerio de Sanidad, para calificar a una persona como especialmente sensible para COVID-19, el servicio sanitario del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (SPRL) debe evaluar la presencia de personal trabajador especialmente sensible en relación a la infección de coronavirus SARS-CoV-2, establecer la naturaleza de especial sensibilidad de la persona trabajadora y emitir informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección. Para ello, tendrá en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan

realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la persona trabajadora. En caso de presentarse la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo, el servicio de prevención de riesgos laborales podrá emitir un certificado de “especial sensibilidad” del trabajador, que le habilita para pasar a la situación de incapacidad temporal. El modelo de dicho certificado se puede encontrar en el documento de Recomendaciones del Ministerio de Sanidad que mencionábamos antes.

Lo cierto es que usted, en el caso de encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad por motivo del VIH, podría acudir al servicio de prevención y solicitar esta evaluación, no obstante, debe saber que la baja laboral no está indicada en personas que pertenezcan a grupos vulnerables o sensibles que formen parte de grupos de riesgo sin síntomas ni criterios de contacto estrecho. Además, las personas con el VIH, si bien están dentro de los grupos vulnerables por ser “inmunodeficientes”, no es condición suficiente para realizar adaptaciones automáticas, a menos que su carga viral no sea estable y su estado clínico no presente complicaciones.

En este sentido, es importante saber que las personas con VIH y carga viral indetectable, en general, no corren un mayor riesgo de contraer la COVID-19. Según la OMS (<https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-covid-19-hiv-and-antiretrovirals>):

“Las personas con VIH que se encuentran en un estado avanzado de la enfermedad, presentan un recuento bajo de CD4 y una elevada carga viral o no reciben tratamiento antirretroviral corren, de manera general, un mayor riesgo de sufrir infecciones y complicaciones relacionadas. Se desconoce si la inmunodepresión del VIH conlleva más riesgos de contraer la COVID-19, de modo que, hasta que no se sepa más, es preciso tomar precauciones adicionales en relación con todas las personas con VIH avanzado o poco controlado.

Nada prueba por el momento que el riesgo de infección o de complicaciones de la COVID-19 de las personas que viven con el VIH y se encuentran clínica e inmunológicamente estables y reciben tratamiento antirretroviral sea mayor que el del resto de la población. Algunas personas que viven con el VIH pueden presentar factores de riesgo ya establecidos respecto de las complicaciones de la COVID-19, como la diabetes, la hipertensión y otras enfermedades no transmisibles y, en esa medida, estar más expuestas a los

riesgos de la COVID-19, sin que ello guarde relación con el VIH. Sabemos que durante los brotes del SARS y del MERS no se notificó más que un número reducido de casos leves de personas con VIH.

Hasta la fecha, se ha reseñado el caso de una persona con VIH que contrajo la COVID-19 y se recuperó y se ha llevado a cabo un pequeño estudio sobre los factores de riesgo y los antirretrovirales utilizados por personas seropositivas con COVID-19 en China. Este estudio concluyó una incidencia de la COVID-19 comparable a la de la población en general y un incremento del riesgo ligado a la edad, pero no a niveles bajos de CD4, niveles elevados de carga viral o tratamientos antirretrovirales.

Se recomienda a las personas con VIH que adopten las mismas precauciones que la población en general”.

Con respecto al certificado médico que le están solicitando y el cual debe ser expedido por su médico de cabecera o su médico especialista en el tratamiento del VIH, no hace falta que en su contenido aparezca el dato del VIH pues lo cierto es que la normativa simplemente habla de “inmunodeficiencias”, por tanto, su médico puede limitarse a hacer constar en dicho certificado que usted tiene una inmunodeficiencia con pronóstico estable.

Le recordamos que este certificado es solicitado con la finalidad principal de realizar adaptaciones del puesto de trabajo en pro de la seguridad del trabajador y del cumplimiento de la normativa de riesgos laborales en el contexto de la pandemia de la COVID-19. Por tanto, debe tener en cuenta dos cosas.

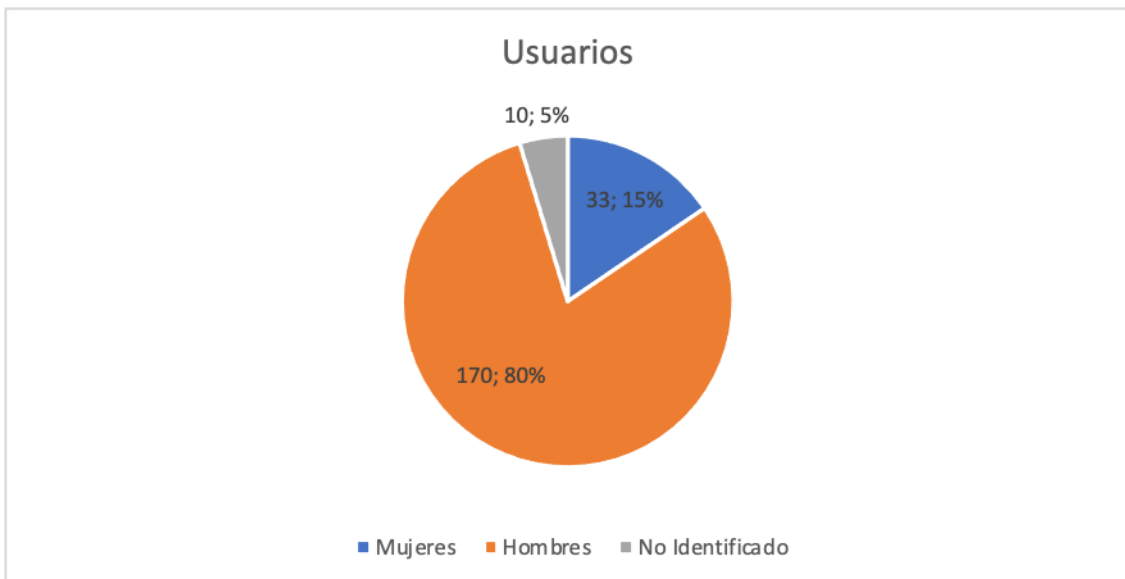
En primer lugar, si su estado clínico, su carga viral y su adherencia al tratamiento son óptimos y el puesto de trabajo que usted desempeña no implica necesariamente el contacto estrecho con personas con riesgo elevado de contraer la COVID-19, debe valorar la necesidad de requerir adaptaciones del puesto de trabajo.

En segundo lugar, el certificado médico solicitado, incluya o no el dato del VIH, no puede ser utilizado para ningún otro fin que no sea la prevención de riesgos laborales en el contexto de la crisis del COVID-19, y mucho menos con fines discriminatorios. Ante cualquier irregularidad que surja, no dude en volver a ponerse en contacto con nosotros y, en todo caso, no dude en denunciar ante la Inspección de Trabajo.

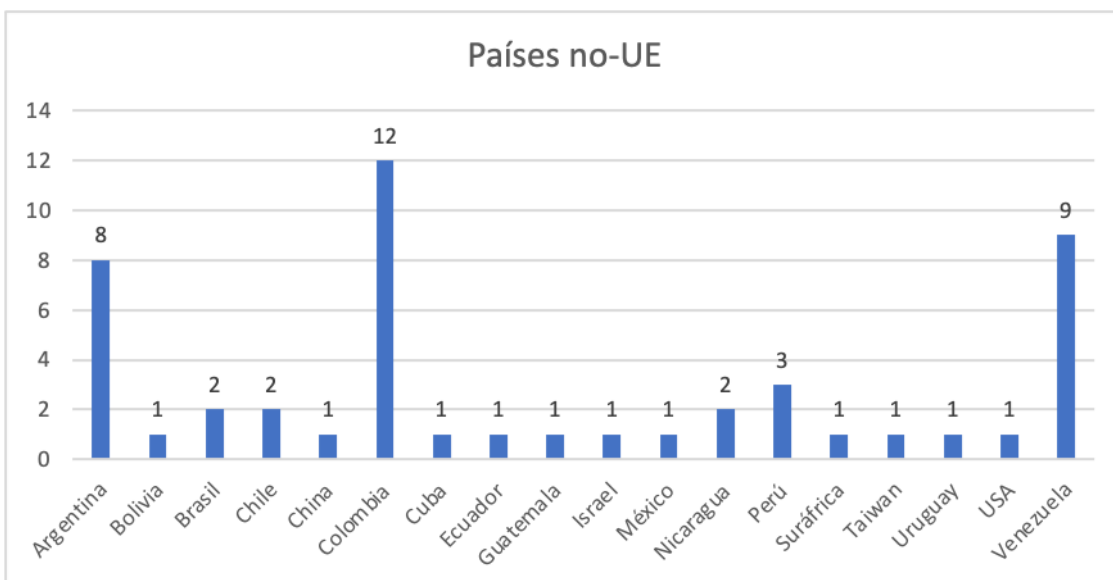
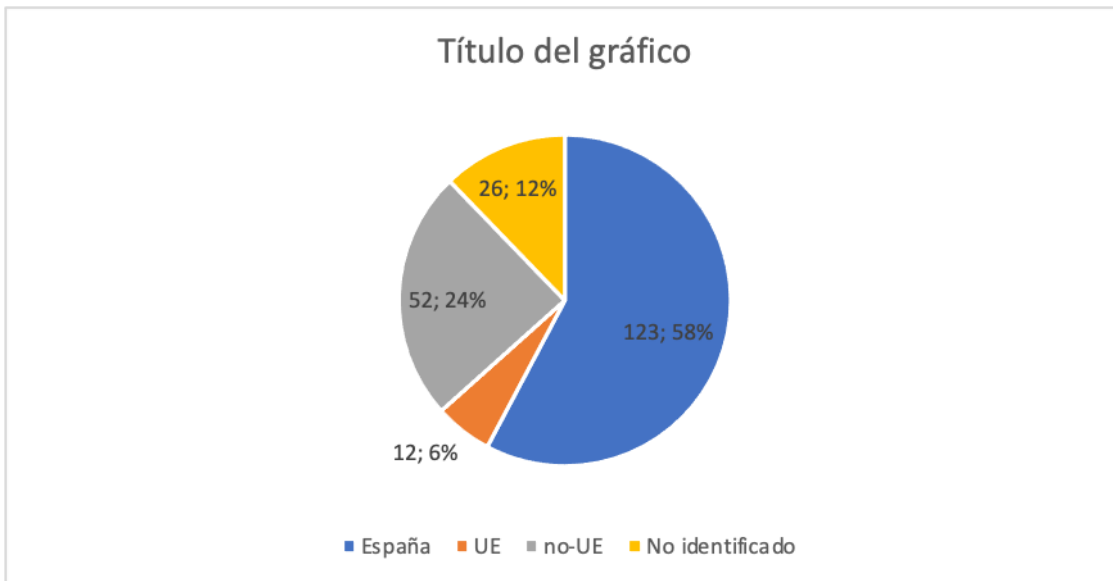
Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y le agradecemos que haya acudido a nosotros.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

En estos nueve meses se han recibido 213 consultas imputables al proyecto, de las cuales 170 se han enviado por hombres (80%), 33 por mujeres (15%) y en 10 consultas no hemos podido identificar el sexo de la persona (5%).



Esta distribución por sexos refleja el dato epidemiológico general en España que indica el predominio de hombres sobre mujeres desde el inicio de la epidemia. Esta distribución toma como base los nombres de los correos electrónicos recibidos o de las firmas incluidas en los mensajes, por lo que puede no ser real. El servicio de Clínica Legal es completamente anónimo y a distancia por lo que no puede asegurarse que en todas las consultas las personas que escriben sean realmente quienes dicen ser. El origen de esas consultas es mayoritariamente nacional con un 58% y se mantiene como una constante ya detectada en otros años el envío de consultas desde países latinoamericanos. Otro año más son Colombia, Venezuela y Argentina los países desde donde se reciben más consultas.



En las respuestas elaboradas en este período de tiempo ha sido necesario informar de las restricciones impuestas a los desplazamientos hacia España y de las nuevas obligaciones que había que cumplir en forma de pruebas PCR.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona con VIH, con nacionalidad y residencia actualmente en Colombia, tiene intención de migrar a España, solicitando información acerca del acceso al medicamento antirretroviral en España.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Constitución Española

Artículo 13.4. Derecho de asilo

Artículo 43. Derecho a la protección de la salud

- . Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Artículo 3. La condición de refugiado

Artículo 4. La protección subsidiaria

- . - . Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

Artículo 3 ter. Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

- . Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 53.1. Infracciones graves

- . Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Artículo 28 y ss. Estancia de corta duración

Artículo 46 y ss. Residencia temporal no lucrativa

Artículo 52 y ss. Residencia temporal por reagrupación familiar

Artículo 62 y ss. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

Artículo 103 y ss. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- .

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Ministerio del Interior, Gobierno de España: Información para los solicitantes de protección internacional en España: Derecho de asilo y protección subsidiaria

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201485/Informacion_solicitantes_Asil_o_Espa%C3%B1ol_126160083.pdf/d8fb2cb4-9bc4-4a53-9032-628c02f1e114

-. Ministerio de Asuntos exteriores, Unión Europea y de Cooperación, Consulado General de España en Bogotá: Estancias por Turismo para ciudadanos colombianos hasta 90 días

<http://www.exteriores.gob.es/Consulados/BOGOTA/es/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Estancias-por-Turismo-para-colombianos-hasta-90-dias.aspx>

-. Blog Parainmigrantes, extranjería y nacionalidad española, “¿Es posible entrar como turista a España y solicitar la tarjeta de residencia?”

<https://www.parainmigrantes.info/es-posible-entrar-a-espana-como-turista-y-solicitar-la-residencia/>

-. Portal de Inmigración, Gobierno de España, “Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales”

<https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/Autorizresiexcep.html>

-. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía Federación Andalucía Acoge, “Guía para personas sin papeles”

https://apdha.org/media/quiasinpapeles_2013_es.pdf

-. Ministerio de Asuntos exteriores, Unión Europea y de Cooperación, Consulado General de España en Bogotá: Residencia sin finalidad laboral

<http://www.exteriores.gob.es/Consulados/BOGOTA/es/InformacionParaExtranjeros/Documents/RES.pdf>

- . Ministerio de Asuntos exteriores, Unión Europea y de Cooperación, Consulado General de España en Bogotá: Residencia y trabajo por cuenta ajena

<http://www.exteriores.gob.es/Consulados/BOGOTA/es/InformacionParaExtranjeros/Documents/TRA.pdf>

- . Ministerio de Asuntos exteriores, Unión Europea y de Cooperación, Consulado General de España en Bogotá: Visado de residencia y trabajo por cuenta propia

<http://www.exteriores.gob.es/Consulados/BOGOTA/es/InformacionParaExtranjeros/Documents/TRP.pd>

- . Formulario online de obligatorio cumplimiento para los pasajeros que entren en España, Gobierno de España:

<https://www.spth.gob.es/create>

- . Blog Sanidad Universal, “*Personas sin permiso de residencia con más de 90 días de estancia en territorio español*”

<https://yosisanidaduniversal.net/que-puedo-hacer/si-llevo-mas-de-90-dias-residiendo-en-espana>

- . Blog Stop Sida, “*VIH e inmigración*”

<https://masmorbomenosriesgo.es/2019/04/11/vih-e-inmigracion/>

- . Asociación Kifkif, “*Guía de primeros pasos para la persona migrante vih+ en Madrid*”

<https://kifkif.info/quia-de-primeros-pasos-para-el-migrante-vih-en-madrid/>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento legal sobre su situación. Gracias a la confianza depositada vamos a poder mejorar nuestro aprendizaje aplicando nuestros conocimientos a un caso real.

ÍNDICE

1. Protección internacional

2. Tipos de visados existentes para migrar a España
 - 2.1. Visados de turismo
 - 2.2. Visado de residencia
 - a) Residencia sin finalidad laboral
 - b) Reagrupación
 - 2.3. Visado de residencia y trabajo
 - a) Trabajo por cuenta ajena
 - b) Trabajo por cuenta propia
 - 2.4. Especial referencia a la COVID-19
3. Asistencia sanitaria
 - 3.1. Asistencia sanitaria a inmigrantes con residencia en España
 - 3.2. Asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares
4. Conclusiones

Para responder a la consulta, primero vamos a informar sobre las posibilidades existentes para emigrar a España y, posteriormente, se hará referencia al acceso al tratamiento antirretroviral.

1. Protección internacional

La protección internacional se refiere a la ayuda prestada a una persona que está fuera de su país y no puede volver puesto que en su país de origen su vida corre peligro. Dentro de la protección internacional podemos distinguir dos tipos de derechos: derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria.

El derecho de asilo está reconocido en el art. 13.4 CE y para gozar de dicho derecho en España es necesario obtener la condición de “refugiado”. La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, tiene fundados temores de ser perseguida en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual (art. 3 de la Ley 12/2009).

De otro lado, recibirán protección subsidiaria aquellos extranjeros que, no reuniendo los requisitos para obtener la condición de refugiado, no pueden regresar a su país de origen por existir motivos fundados de que se da un riesgo real a sufrir condena a pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes o amenazas graves contra la vida o la integridad como consecuencia de situaciones de violencia indiscriminada (art. 4 de la Ley 12/2009).

En el caso que nos ocupa podrían no cumplirse los requisitos para tener acceso al derecho de asilo ni a la protección subsidiaria, por lo que habrá que optar por otras formas de entrar a España en situación regular. No podemos afirmarlo categóricamente porque nos faltan datos.

2. Tipos de visados existentes para migrar a España

La otra opción existente para migrar a España sería obtener un visado, por lo que vamos a distinguir los que más encajan con el caso comentado.

2.1. Visado de turismo

Los requisitos para viajar a España como turista varían en función del país de residencia de cada persona. En el caso de ciudadanos colombianos, estos no necesitan un visado para entrar y permanecer en España por un máximo de 90 días en un período de 180 días. Sin embargo, deben cumplir con los requisitos de entrada en el Espacio Schengen, viajando provistos de:

- Pasaporte con vigencia mínima de tres meses en el momento de abandonar España.
- Billete de ida y vuelta.
- Seguro de viaje con una cobertura mínima de 30.000€, que incluya repatriación y sea válido para toda la zona Schengen.
- Acreditación del alojamiento
- Medios económicos suficientes (Mínimo de 855€ por persona. Si la estancia excede de 9 días habrá que sumar 95 euros por cada día extra).

Si por el contrario se pretende estar en España por un período superior a 90 días, los extranjeros deberán solicitar un visado de estancia, residencia o trabajo, como veremos después.

No obstante, cabe la posibilidad de que un ciudadano colombiano entre como turista en España para la búsqueda de empleo. Ahora bien, aunque el extranjero consiga una oferta de trabajo, debe retornar a su país de origen porque debe solicitar personalmente en el consulado español de su país de origen el correspondiente visado de residencia y trabajo. Es decir, los trámites de solicitud del visado de residencia y trabajo se inician en la Oficina de Extranjería en España por parte del empleador que ofrece el empleo. Sin embargo, una vez obtenida una resolución favorable de dicha solicitud, es el propio extranjero, el que deberá solicitar el visado

en el Consulado español en su país de origen para efectuar la entrada legalmente y solicitar aquí su tarjeta.

Pero ¿qué ocurre si transcurren los 90 días y el extranjero no vuelve a su país? Transcurrido este período, el extranjero tiene la obligación de retornar a su país de origen porque, en caso de no hacerlo, se quedaría en situación irregular.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.1 a) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley de Extranjería), el hecho de estar en situación irregular es considerado una infracción grave de la ley que puede sancionarse con una multa o incluso con la expulsión del territorio español. Cuando se imponga una multa, en la propia resolución se señala la obligación de abandonar el país dentro de un plazo concreto.

Una vez nos encontramos en situación irregular, además de la infracción grave que supone y el riesgo que conlleva, existen pocas opciones para regularizar la situación. Una posibilidad es el denominado arraigo:

- Arraigo laboral: Necesidad de haber permanecido en España al menos 2 años pudiendo además acreditar una relación laboral de duración no inferior a 6 meses.
- Arraigo social: Necesidad de haber permanecido en España al menos 3 años, teniendo un contrato de trabajo y acredite vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presente un informe de inserción social.

Para acreditar la permanencia en España existen diversas posibilidades como el empadronamiento, certificados médicos, facturas, etc.

El empadronamiento es una de las mejores maneras de demostrar el tiempo que una persona lleva residiendo en España a la hora de poder regularizar su situación mediante el arraigo. Es importante destacar que no se puede negar el empadronamiento, aunque se esté en una situación irregular.

2.2. Visado de residencia

a) Residencia sin finalidad laboral

Los ciudadanos colombianos que deseen residir en España sin realizar una actividad laboral o lucrativa deberán contar con medios económicos suficientes para el periodo de residencia que solicitan, o acreditar una fuente de ingresos.

Entre los requisitos necesarios para residir en España encontramos los siguientes:

- Pasaporte con vigencia mínima de 1 año
- Certificado médico expedido en Colombia que acredite que el solicitante no padezca ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena ni ningún tipo de enfermedad infecto-contagiosa o de otro tipo que pueda poner en riesgo la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (entre las que no se encuentra el VIH).
- Acreditación de recursos económicos por un importe equivalente al 400% del IPREM (2.151.36 euros/mes, 25.816.32 euros/año). En caso de realizar solicitud conjunta con familiares, el importe debe ser equivalente al 100% del IPREM (537,84 euros/mes, 6.454.08 euros/año) por cada familiar. Deberá especificarse la procedencia de dichos ingresos y acreditar los movimientos bancarios realizados en el último año.
- Acreditación de vivienda en España.
- Certificado de póliza de seguro médico internacional que cubra la asistencia médica en España por el primer año, e incluya los gastos de repatriación a Colombia por un monto de 30.000 euros.

La solicitud de visado debe realizarse personalmente ante el Consulado General de España en Bogotá.

b) Reagrupación

Pueden solicitar un visado de residencia para reagrupación familiar en régimen general los siguientes familiares de un ciudadano extranjero que ha residido legalmente en España durante un año y con autorización para residir por al menos otro año más:

- El/la cónyuge o pareja de hecho del ciudadano extranjero residente no comunitario
- Hijos del residente o de su cónyuge
- Ascendientes mayores de 65 años del residente o de su cónyuge

No obstante, en el caso concreto no se nos ha comunicado la existencia de ninguna de estas situaciones.

2.3. Visado de residencia y trabajo

a) Trabajo por cuenta ajena

Para solicitar este visado, los ciudadanos colombianos necesitarán previamente una autorización inicial de trabajo y residencia en España, tramitada ante la autoridad

competente. Por tanto, es el empleador quien debe presentar personalmente la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena ante el órgano competente para su tramitación, en la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral.

Una vez que la resolución es favorable, el ciudadano extranjero debe tramitar la solicitud de visado que debe presentarse en el plazo de un mes, a contar desde la notificación al empleador de la resolución favorable ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia.

Ahora bien, entre los requisitos que se exigen se encuentran:

- Pasaporte con vigencia mínima de 1 año
- Contrato de trabajo
- Certificado médico expedido en Colombia que acredite que el solicitante no padezca ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena ni ningún tipo de enfermedad infecto-contagiosa o de otro tipo que pueda poner en riesgo la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (entre las que no se encuentra el VIH).

b) Trabajo por cuenta propia

El trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar, personalmente, en modelo oficial, la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia.

Una vez concedida la autorización, el interesado presentará personalmente, la solicitud de visado en modelo oficial, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia.

Entre los requisitos para obtener este tipo de visado están:

- Pasaporte con vigencia mínima de 1 año
- Certificado médico expedido en Colombia que acredite que el solicitante no padezca ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena ni ningún tipo de enfermedad infecto-contagiosa o de otro tipo que pueda poner en riesgo la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (entre las que no se encuentra el VIH).

- Titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada ante la autoridad española correspondiente
- Proyecto de establecimiento de la actividad a realizar
- Relación de las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional.

2.4. Especial referencia a la COVID-19

Dada la situación que estamos viviendo en estos momentos en todo el mundo, las autoridades españolas exigen a los pasajeros provenientes de zonas de riesgo disponer de pruebas diagnósticas de infección activa con resultado negativo para entrar en España.

A 1 de febrero de 2021 Colombia se encuentra en el listado de países a cuyos viajeros se les exige una prueba PCR (RT-PCR), la TMA (Ampliación Mediada por Transcripción) u otras pruebas basadas en técnicas moleculares equivalentes, realizadas en las 72 horas anteriores a la llegada de los viajeros a España.

Además de lo anterior, todos los viajeros que entren en España por vía marítima o aérea, independientemente de su nacionalidad o lugar de origen, deberán rellenar un formulario online.

Y, además, en el marco de las medidas adoptadas para la protección de los solicitantes de visado y del Personal del Consulado General, se recuerda que, al momento de presentar las solicitudes de visados, los solicitantes deberán aportar los certificados de prueba rápida COVID negativa con una validez de 7 días máximo. De no tener esta validez o de ser el resultado de la prueba rápida de COVID positivo, el solicitante deberá aportar además una prueba PCR negativa, realizada 72 horas antes de la cita de visado.

3. Asistencia sanitaria

Como punto de partida, el art. 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud, dentro del cual se incluyen las diferentes prestaciones de asistencia sanitaria. No obstante, para saber cual es la dimensión y el alcance en materia de inmigración es necesario diferenciar entre aquellos inmigrantes que tengan residencia en España y los que sean inmigrantes irregulares.

3.1. Asistencia sanitaria a inmigrantes con residencia en España

En el supuesto de extranjeros con residencia legal en España el art. 3.1 de la Ley 16/2003, establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.

Para poder acceder a estas coberturas que ofrece el sistema sanitario español los extranjeros deberán tener residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Si se cumplen estas condiciones, el ciudadano extranjero podrá acceder al sistema sanitario español en las mismas condiciones que cualquier otro ciudadano nacional.

3.2. Asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares

Más complejo es el supuesto de los inmigrantes que se encuentran en una situación irregular en España, pues cabe distinguir dos supuestos a continuación:

Por un lado, un extranjero con menos de 3 meses de estancia acreditada en España, sin recursos económicos, ni seguro médico no tiene derecho a la asistencia sanitaria en situación de emergencia. Se debe realizar el pago correspondiente.

De otro lado, un extranjero con más de 3 meses de estancia acreditada en España, sin recursos económicos sí tiene derecho a la asistencia por infecciones transmisibles como el VIH y a la asistencia sanitaria en general. Para ello, se debe tener el código DAR (Extranjero no asegurado) y es gestionado en el Centro de salud más cercano a su domicilio. Para este trámite se requiere el pasaporte, el padrón (que acredite más de 3 meses de estancia) y firmar una declaración jurada de no poseer ingresos económicos. En el caso de no disponer de pasaporte se puede tramitar si la persona solicitante presenta un informe de trabajador/a social.

Este último supuesto queda recogido en el art. 3 ter. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española.

Cabe mencionar también que serán las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, las que fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del

documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial.

4. Conclusiones

Para responder a la pregunta de la consulta referida al acceso al tratamiento antirretroviral, es necesario diferenciar entre dos situaciones.

En el caso de que la persona proveniente de otro país sea un extranjero regular puede tener acceso a dicho tratamiento, puesto que la ley 16/2003 establece que los ciudadanos extranjeros podrán acceder al sistema sanitario español en las mismas condiciones que cualquier otro ciudadano nacional, cuando aquellos tengan su residencia legal y habitual en el territorio español.

Como ya se ha explicado, para ser un extranjero en situación regular deberemos de obtener un visado de residencia o de residencia y trabajo, siguiendo el procedimiento fijado y cumpliendo los requisitos establecidos en cada caso.

Sin embargo, en el caso de que el extranjero se encuentre en situación irregular el acceso al tratamiento antirretroviral es más fácil. Si el extranjero lleva menos de 3 meses de estancia acreditada en España, sin recursos económicos, ni seguro médico solo tiene derecho a la asistencia sanitaria en situación de emergencia. Mientras que, si el extranjero lleva más de 3 meses de estancia acreditada en España, sin recursos económicos sí tiene derecho a la asistencia por infecciones transmisibles como el VIH y a la asistencia sanitaria en general.

No obstante, aunque el extranjero esté en España de forma irregular existe la opción de solicitar el arraigo para regularizar dicha situación, si bien es cierto que se exige el haber permanecido en España un mínimo de 2 años en cualquiera de los casos, entre otros requisitos. Como ya se ha mencionado, una forma de demostrar esta permanencia es mediante el empadronamiento pues no se puede negar el mismo a los extranjeros irregulares.

Las consultas enviadas por personas migrantes se centran, como puede comprobarse en el caso anterior, en el acceso al tratamiento antirretroviral. Las personas que por cualquier motivo quieren emigrar a España de forma temporal o permanente necesitan seguridad a la hora de acceder al tratamiento antirretroviral, especialmente si no tienen la nacionalidad de un país de la Unión Europea. A pesar de

la reforma operada en 2018 en la Ley 16/2003, la sanidad pública sigue sin ser universal pues, aunque se cubre a las personas migrantes sin permiso de residencia, hay otros colectivos con permiso de residencia que no están cubiertos.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- El usuario, nacional de Venezuela y con visado de residencia no lucrativa con estancia en España desde diciembre de 2018, nos pregunta si tiene derecho a la asistencia sanitaria gratuita.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

- ¿Ha venido a España como familiar reagrupado o por cuenta propia?

Sin respuesta.

- ¿Recibe algún tipo de ayuda o prestación económica que cubra sus gastos o tiene recursos propios?

Sin respuesta.

- ¿Cuándo acudió por primera vez al centro de salud para solicitar la tarjeta sanitaria?
¿Ha vuelto a acudir desde la primera visita?

Sin respuesta.

- Después de la reclamación por parte del hospital de Cabueñes de Gijón del pago de la medicación, ¿ha continuado recibiendo tratamiento y la medicación para el VIH o actualmente no puede continuar con el tratamiento?

Sin respuesta.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de mayo de 1889, núm. 206.

Artículo 22.

- España. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Boletín Oficial del Estado, 4 de agosto de 2012, núm.186.

Artículo 2. De la condición de asegurado.

Artículo 3. De la condición de beneficiario de una persona asegurada.

- España. Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

- España. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Boletín Oficial del Estado, 28 de febrero de 2007, núm. 51.

Artículo 8. Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

- España. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 2011, núm. 103.

Artículo 46. Residencia temporal no lucrativa. Requisitos.

Artículo 47. Medios económicos a acreditar para la obtención de una autorización de residencia temporal.

Artículo 51. Renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa.

- España. Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Boletín Oficial del Estado, de 30 de julio de 2018, núm. 183.

Artículo 3. Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- Sentencia del Tribunal Supremo 364/2019 (Sala de lo Social) de 13 de mayo de 2019 (recurso 1068/2018). Han sido de utilidad el Fundamento jurídico cuarto y sexto.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Coste de los fármacos antirretrovirales. Puede consultarlo en el siguiente enlace: <https://www.elsevier.es/es-revista-offarm-4-articulo-coste-farmacos-antirretrovirales-13043206>

- Solicitud de la nacionalidad española. Puede consultar cómo hacerlo en el siguiente enlace: <https://sede.mjusticia.gob.es/es/tramites/nacionalidad-espanola>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, queremos darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento e información legal.

El objeto de la consulta es si usted tiene acceso a la asistencia sanitaria en su condición de residente en virtud de un visado de residencia no lucrativo.

Debido a que no ha contestado a las preguntas que le formulados después de que nos hiciera llegar su consulta, no podemos darle una respuesta muy concreta en virtud de sus circunstancias, por lo que el siguiente informe versará sobre la información que nos hizo llegar inicialmente con la consulta.

Índice

1. **Condición de asegurado o beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Particularidades del visado de residencia no lucrativa.**

2. **Reagrupación familiar**

3. **Solicitud de la nacionalidad española**

4. **Conclusiones**

1. **Condición de asegurado o beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a los fondos del Estado**

En primer lugar, para saber si es usted beneficiario o no de la asistencia sanitaria con cargo a fondos del Estado, es necesario acudir al artículo 3 del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, el cual establece en su apartado primero que **serán titulares de este derecho, entre otros, las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español**, y a continuación, en el apartado segundo indica que para hacer efectivo ese derecho, el **posible beneficiario debe encontrarse en alguno de los supuestos enumerados** por dicho precepto, donde el que nos interesa es el que establece que ha de “ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de **acreditar la cobertura obligatoria de la prestación por otra vía.**”

En cuanto a la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, es relevante determinar cuáles son los requisitos que hay que cumplir para la concesión del visado de residencia no lucrativa.

A. Requisitos del visado de residencia no lucrativa

Según nos ha indicado, usted está residiendo en España en virtud de un visado de residencia no lucrativa, de tal modo que puede residir dentro del territorio nacional, pero no trabajar.

Los requisitos para la obtención del visado de residencia no lucrativa se encuentran en el artículo 46 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, los cuáles son:

- a) No encontrarse irregularmente en territorio español.
- b) En el caso de que el solicitante sea mayor de edad penal, carecer de antecedentes penales en España y en los países anteriores donde haya

residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español.

- c) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- d) **Contar con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia**, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España, y sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional, de conformidad con lo dispuesto en esta sección.
- e) **Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.**
- f) No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen.
- g) No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.
- h) Haber abonado la tasa por tramitación de los procedimientos.

Ya que su solicitud tiene como objeto saber si tendría o no derecho a la asistencia sanitaria gratuita en España, **dando cuenta de que usted, como titular de un visado de residencia no lucrativa, tiene la obligación de disponer de un seguro médico que cubra sus gastos médicos, no sería beneficiario de la asistencia sanitaria gratuita** por parte del Estado.

En cuanto a los medios económicos de que debe disponer una persona extranjera que solicite el visado de residencia no lucrativa, la cuantía para fijarlos se regula en el artículo 47.1 del citado reglamento, el cual indica que “Los extranjeros que deseen residir en España sin realizar una actividad laboral o lucrativa deberán contar con medios económicos suficientes para el periodo de residencia que solicitan, o acreditar una fuente de percepción periódica de ingresos, para sí mismo y, en su caso, su familia, en las siguientes cuantías, que se establecen con carácter de mínimas y referidas al momento de solicitud del visado o de renovación de la autorización:

- a) Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del IPREM, o su equivalente legal

en moneda extranjera. El IPREM se sitúa actualmente, en su cuantía mensual, en 537,84€, por lo que debería disponer con carácter mensual de 2.151,36€.

- b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el apartado a) anterior.” En este caso, como ya indicamos, dicha cuantía sería de 537,84€.

Si bien no tenemos información acerca de la medicación exacta que usted necesita para su tratamiento, ya que existen distintas opciones, ponemos a su disposición una tabla donde se establecen los medicamentos y el coste de los mismos. De cualquier manera, debido a que, actualmente tiene un seguro médico contratado con Sanitas, éste debería tener que hacerse cargo de su tratamiento de VIH a partir del momento en que lo suscribió, si bien los medicamentos que ha recibido hasta ahora, no teniendo derecho a la asistencia sanitaria gratuita por la obligación de tener un seguro médico a su llegada a España, va a tener que cubrirlos usted personalmente.

Por último, usted nos indicó que su visado de residencia había sido renovado por dos años más, y para dicha renovación se exige el cumplimiento de determinados requisitos previstos en el artículo 51 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, entre los que se encuentra, nuevamente, la obligación de tener suscrito un seguro médico.

2. Reagrupación familiar

Debido a que no tuvimos respuesta para determinar si usted se encuentra reagrupado en España o no, con algún familiar que sea nacional español, le planteamos cuáles serían sus opciones respecto al derecho a la asistencia sanitaria en España de estar usted en condición de reagrupado.

Existe una sentencia, **la STS 364/2019 del 13 de mayo de 2019**, que plantea una situación muy similar a la suya, donde una mujer cubana solicitó asistencia sanitaria ante en INSS estando en posesión de un visado de residencia temporal no lucrativa, si bien en este caso tenía una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE.

En el supuesto de que usted se encontrase reagrupado en España con un familiar nacional español, o nacional europeo, podrá solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, tal y como se establece en el art. 8 del Real Decreto

240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre y cuando acredite, entre otras cosas que “vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar”. En otras palabras, que el familiar con el que se encontrase reagrupado fuera quien se hiciese cargo de su asistencia sanitaria, ya fuera bien por ser asegurado del Sistema Nacional de Salud, y usted adquiriese la condición de beneficiario de esa persona, bien porque el reagrupante tuviera suscrito un seguro médico para cubrir los gastos sanitarios que pudieran producirse por la persona reagrupada (en este caso, usted de darse ese supuesto). Por lo tanto, la única forma de que usted no fuese el responsable directo de cubrir sus gastos sanitarios a través, en este caso, de la suscripción de un seguro médico, sería que existiese un tercero obligado al pago de dichos gastos, que en este caso habría de ser el familiar con el que se encontrase reagrupado en España. En este sentido, se pronuncia la STS 364/2019 del 13 de mayo de 2019, al establecer que *“si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto.”*

3. Solicitud de nacionalidad española

Otra opción que estaría a su disposición sería la posibilidad de solicitar la nacionalidad española, la cual se regula en el artículo 22 del Código Civil. En su caso, al ser nacional de un país latinoamericano, Venezuela, podría solicitar la nacionalidad:

- En el **plazo de 2 años** de residencia en España.
- En el **plazo de 1 año**, en el caso de que: llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho, el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho, o el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

En su caso, como llegó a España en diciembre de 2018, lleva residiendo legalmente en España y de forma habitual 2 años actualmente, por lo que tendría la posibilidad de solicitar la nacionalidad española y, por tanto, ser beneficiario de la asistencia sanitaria por tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.

Todos los requisitos para la solicitud de la nacionalidad se encuentran en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, que implica el pago de unas tasas, la aportación de documentación, aportación de pruebas, etc.

Igualmente, le facilitamos en el apartado correspondiente un enlace para ver cuáles son los trámites y las vías que debe llevar a cabo para la solicitud de la nacionalidad.

4. Conclusiones

Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto, lamentamos decirle que usted debía cumplir con la obligación de tener suscrito un seguro médico a su llegada a España, al ser una de las condiciones para la concesión del visado de residencia no lucrativa, y por tanto ese seguro era el que debía cubrir sus gastos médicos, y en este caso los medicamentos antirretrovirales. Por lo tanto, deberá hacer frente personalmente al pago de los medicamentos que le facilitó el Hospital de Cabueñes.

La única opción posible, para que no fuera usted quien debiera hacerse cargo del pago de los mismos, sería que tuviese la condición de familiar reagrupado de un nacional español o europeo, en cuyo caso sería el familiar reagrupante quien habría de hacerse cargo de dichos gastos si hubiese asumido tal compromiso.

Por último, actualmente tendría la opción de solicitar la nacionalidad española, al cumplir con el requisito de residencia legal en España de 2 años por ser ciudadano de origen de un país latinoamericano, y, una vez adquirida ésta, ser titular de la asistencia sanitaria gratuita por ser nacional español y residir en España.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros en el caso de que necesitara alguna aclaración.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Cabe volver a destacar la discriminación indirecta que sufren las personas que tienen un permiso de permanencia o estancia en España que son titulares de un visado de estudios. La discriminación indirecta es aquella que se produce cuando una disposición legal, aparentemente neutra, puede ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de su condición serológica respecto del VIH.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Esta consulta ha sido planteada por una persona de nacionalidad brasileña, con VIH, que tiene previsto venir a España a partir de septiembre mediante un visado de estudios para trabajar en un programa de auxiliar de conversación en la red de escuelas públicas. Debido a su situación, nos pregunta por qué vías podría acceder al tratamiento antirretroviral y recibir atención médica en España, así como cuáles serían las consecuencias de no informar con carácter previo a la aseguradora de que tiene VIH.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. Cita en texto: (CE)

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Cita en texto: (CP)

-. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cita en texto: (LO 4/2000)

-.Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cita en texto: (LO 2/2009)

-. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Cita en texto (LCS)

-.Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Cita en texto: (Ley 16/2003)

-. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Cita en texto: (RD 557/2011)

-. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo

a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Cita en texto: (RD 1192/2012)

-. Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Cita en texto: (RD-Ley 7/2018)

-. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Cita en texto: (RD 464/2020)

-. Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Cita en texto: (RD 537/2020)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Estancia de estudios; Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; Disponible en: <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja003/index.html>

-. [Sinopsis del artículo 13 CE; Congreso de los Diputados; Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2)

-. Documento de consenso de Gesida/Plan Nacional sobre el Sida respecto al tratamiento antirretroviral en adultos infectados por el virus de la inmunodeficiencia humana (Actualización enero 2019); Panel de expertos de GeSIDA y Plan Nacional sobre el Sida; Disponible en: http://gesida-seimc.org/wp-content/uploads/2019/01/gesida_DC_TAR_2019_v_final.pdf

-. Costs and cost-efficacy analysis of the 2017 GESIDA/Spanish National AIDS Plan recommended guidelines for initial antiretroviral therapy in HIV-infected adults; Disponible en: <http://gesida-seimc.org/category/guias-clinicas/antirretroviral-vigentes/>

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. En su consulta, nos comenta que tiene previsto estudiar en España a partir de septiembre a través de un programa de auxiliar de conversación en la red de escuelas públicas mediante un visado de estudios. El tema por el que usted nos pregunta, relativo a si podría recibir el tratamiento antirretroviral durante su estancia en España, bien a través del sistema público de la Seguridad Social, bien mediante el seguro que le ofrece el programa o, en caso de que no sea posible por estas vías, cuáles serían las alternativas más accesibles para poder continuar su tratamiento, constituye un hecho que se nos ha planteado en situaciones anteriores.

Con carácter previo, le explicaremos el régimen jurídico aplicable a extranjeros no comunitarios en relación con su derecho de estancia en España mediante un visado de estudios. Posteriormente abordaremos las cuestiones que nos plantea relativas a: cuáles son los derechos que le asisten en materia de asistencia sanitaria; cuál sería el alcance de la cobertura del seguro privado que le ofrece el programa y, por último, las consecuencias que puede suponer el hecho de ocultar a la aseguradora que tiene una afección o enfermedad preexistente a la suscripción del contrato de seguro.

1. Régimen jurídico de los extranjeros no comunitarios con visado estudios

Con carácter general, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene como destinatarios directos a los nacionales del mismo. Sin embargo, constituye una realidad social la convivencia dentro de las fronteras de cada país de personas de nacionalidad extranjera los cuales también son sujetos de derechos y obligaciones de dicho Estado y, por lo tanto, se encuentran sometidos a su ordenamiento jurídico.

En España, la Constitución – en adelante, CE – determina las reglas básicas de la situación jurídica de los extranjeros en España al señalar que son titulares de las libertades públicas que garantiza su Título Primero relativo a los derechos y libertades fundamentales, dentro de los términos que establezcan los tratados y la Ley (art. 13 CE). Como criterio interpretativo general, *se considera que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los*

españoles. Además, los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que sea posible alegar cuestiones como la profesión, creencia religiosa, ideológica o cultural para justificar la realización de actos contrarios a estas normas (art. 3 Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social – en adelante, LO 4/2000).

Según esta normativa, los extranjeros pueden acreditar su situación en España a través de su pasaporte o documento análogo de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda (art. 29.2 LO 4/2000).

En este contexto, al venir a España con motivo de estudios usted debe tramitar un visado de estudios. Esta autorización le habilita a permanecer en España durante la realización de sus estudios, en su caso trabajos no remunerados laboralmente, por un periodo superior a 90 días, mediante un programa a tiempo completo con el objetivo de obtener un título o certificado de estudios (art. 25.2 bis f) LO 4/2000).

Esto significa que mediante este visado usted es titular de un derecho de estancia en España. Es importante diferenciar este concepto del relativo a la situación de residencia donde solamente son residentes aquellos extranjeros que encontrándose en España sean titulares de una autorización para residir (art. 30 bis LO 4/2000).

2. Reconocimiento al derecho a la protección de la salud y atención sanitaria pública: necesidad de acreditar residencia legal en España

La distinción entre el derecho de permanencia que otorga el visado de estudios de la autorización para residir es esencial a efectos de los derechos que le asisten en relación con el reconocimiento al derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos de los extranjeros.

Debido a que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud – en adelante, Ley 16/2003 – dispone que son titulares del derecho a la protección a la salud y tienen derecho a la atención sanitaria en España con cargo a los fondos públicos las personas con nacionalidad española, así como las personas extranjeras que tengan su residencia habitual establecida en territorio español. Por tanto, los requisitos que deben concurrir para que usted pudiera hacer efectivo este derecho son: tener residencia legal y habitual en territorio español y no tener la

obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación por otra vía (art. 3 Ley 16/2003).

No obstante, para obtener el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria esta Ley prevé la posibilidad de suscribir un Convenio Especial de Prestación de Asistencia Sanitaria con el Sistema Nacional de Salud, mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota (art. 3.3 Ley 16/2003). Pero, hay que tener en cuenta que este Convenio solamente permite el acceso a las prestaciones de la cartera común básica de los servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. Estos servicios básicos comprenden las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación que se realicen en centros sanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 bis Ley 16/2003). En consecuencia, quedan excluidas prestaciones suplementarias entre las que se encuentra la farmacéutica. Esto significa que, aunque tramitase este Convenio Especial de Prestación de Asistencia Sanitaria este no cubriría el tratamiento antirretroviral, ya que no cubre la prestación farmacéutica.

Por otro lado, esta normativa prevé la protección de la salud y garantía de la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos y en las mismas condiciones de las personas con nacionalidad española a las personas extranjeras que se encuentren en España, pero no tengan residencia legal ni autorización para estar en España (art. 3 ter Ley 16/2003). Concretamente, hace referencia a aquellas personas que se encuentran en “*situación irregular*” en territorio español, al no tener autorización que les permita estar en España. Sin embargo, este derecho a la sanidad universal no se aplicaría en su caso, debido a que usted se encontraría, con el visado de estudios, con una autorización válida para permanecer en España durante el tiempo que duren sus estudios.

En consecuencia, dado que el visado de estudios le otorga un derecho de permanencia en España durante el tiempo que duren los estudios, no es una autorización de residencia sino de estancia, por lo que no cumpliría los requisitos para ser titular del derecho a la protección a la salud y, por tanto, no se le reconocería el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos. Por lo que no sería posible que, mediante esa vía pueda recibir durante su estancia en España atención médica, realizarse exámenes o recibir su tratamiento a través del sistema público sanitario en España.

3. Alcance de la cobertura del seguro privado y consecuencias de no informar sobre una enfermedad preexistente

Precisamente, uno de los requisitos para la tramitación del visado de estudios consiste en acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria con una entidad aseguradora privada autorizada para operar en España que le garantice la cobertura durante el tiempo que dure su permanencia. Tal y como nos comenta, el programa le ofrece un seguro privado durante su estancia en España.

Respecto al alcance de la cobertura, es importante tener en cuenta que la mayor parte de estos seguros no suelen incluir asistencia farmacéutica o ambulatoria dentro de su cobertura. Al ser prestaciones poco comunes, sería necesario que preguntara a la aseguradora con la que va a contratar si se encuentran incluidas o no.

Por otra parte, nos comenta qué ocurriría en el caso de que no informase a la aseguradora de que tiene VIH y, posteriormente, una vez que se encuentre en España realizarse un examen y *descubrir* con el fin de la cobertura del seguro alcance su tratamiento antirretroviral. En primer lugar, debe tener en cuenta que en materia de seguros un aspecto clave es el riesgo que se pretende cubrir mediante la suscripción del contrato de seguro. En su caso, el seguro que usted contrataría se encuadra dentro de los seguros de personas y, en particular, constituye un seguro de asistencia sanitaria. En este tipo de seguros un elemento determinante para la evaluación del riesgo por parte de la entidad aseguradora es el estado de salud del potencial asegurado. Del mismo, dependerán aspectos como el pago de la prima o, incluso, puede llegar a afectar a la decisión de la aseguradora de celebrar o no el contrato de seguro.

Por riesgo se entiende como la concurrencia de un acontecimiento que provocará una necesidad económica y cuya aparición se encuentra cubierta por la póliza. Por ejemplo: si durante su estancia en España tiene un accidente y deben realizarle una operación quirúrgica. Es decir, el riesgo se refiere a una situación de su estado de salud que no es preexistente a la suscripción del seguro.

En virtud de ello, con carácter previo a la contratación del seguro usted está obligada a informar a la aseguradora de todas aquellas circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, entre ellas, el VIH (art. 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro – en adelante LCS). Este deber de información previa se justifica en que una información veraz y completa sobre su estado de salud, con

carácter previo a la suscripción de la póliza, permite a la aseguradora determinar la prima de conformidad al mismo en función de una serie de criterios y bases de técnica actuarial basados en la lógica aseguradora. Como puede ser el principio de suficiencia en función del cual las aportaciones de todos los asegurados deben permitir crear un fondo suficientemente grande a la aseguradora, no solo para poder pagar las cantidades pactadas a todos ellos en caso eventual de materialización del riesgo, sino también para que la aseguradora pueda obtener un rendimiento de su actividad. Asimismo, en base al principio de proporcionalidad estos datos de salud permiten establecer una la prima acorde la probabilidad de materialización del riesgo que se pretende cubrir. De lo contrario, su cálculo se determinaría de manera arbitraria.

Por todo lo cual, no es recomendable que usted oculte a la aseguradora que tiene VIH puesto que estaría incumpliendo su deber de información previa a la contratación del seguro al ocultar de manera deliberada una enfermedad preexistente. Se consideran preexistentes todas aquellas enfermedades o patologías que existían antes de la contratación de un seguro, como sería el VIH en su caso. En caso de que la entidad de seguros lo descubriera no solo podría poner fin al contrato de seguro, sino que además podría quedar liberada del pago de la prestación pactada si se demuestra que usted omitió de manera dolosa y a sabiendas esta información (art. 10.2 LCS). Se entiende por dolo cuando una persona causa a propósito un perjuicio a otra y es consciente de que con su actuación está ocasionando un daño. Incluso, su actuación podría dar lugar a responsabilidad penal, en concreto, por un delito de estafa (art. 248 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – en adelante, CP) el cual establece que cometen este delito: *“los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*. En este sentido el hecho de ocultar información relativa a su estado de salud con el fin de, mediante engaño, obtener un beneficio ilícito – pretender la cobertura de una enfermedad preexiste al contrato – podría ser constitutivo de este tipo de delito. Debe tener en cuenta que la comisión de este delito, en función del engaño, puede conllevar no solo penas de multa sino también de prisión.

A todo ello, hay que añadir el hecho de que la suscripción de un contrato de seguro constituye un requisito para su visado de estudios, por lo que la posible rescisión del contrato de seguro podría poner en riesgo su permanencia en España. Por lo tanto, le recomendamos no omitir esta información.

Por otro lado, es posible que en el contrato de seguro exista una exclusión de la cobertura por enfermedad preexistente, por ejemplo: del VIH. Mediante esta estipulación la aseguradora excluye de la cobertura aquellos gastos que puedan derivarse en relación con esta enfermedad preexistente. Por tanto, le recomendamos que consulte con la aseguradora sobre el alcance de la cobertura.

4. Alternativas para garantizar la continuidad del tratamiento antirretroviral durante su permanencia en España

Respecto a la posibilidad de acceder a precio accesible al tratamiento antirretroviral durante su estancia en España, cabe señalar que con carácter general el coste del tratamiento es elevado, donde el gasto mensual puede diferir en cantidades superiores a 500 euros, este coste puede variar en función de la Comunidad Autónoma y, además, hay que añadirle el 4% de IVA.

No obstante, durante el periodo de su visado de estudios, tiene derecho a realizar actividades laborales en España, generalmente a tiempo parcial, por ejemplo, los fines de semana, siempre que sean compatibles con la realización de los estudios. Esta autorización para trabajar está prevista para aquellos estudiantes que deseen disponer de un ingreso adicional durante su estancia en España, ya que los ingresos obtenidos de dicha actividad laboral no pueden tener el carácter de recurso necesario durante su permanencia en España. En estos casos, el contrato deberá formalizarse por escrito y a tiempo parcial (art. 42 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 – en adelante, RD 557/2011).

En caso de que tuviera tal autorización para trabajar a tiempo parcial durante su permanencia en España, tendría la condición de trabajador por cuenta ajena y sería dado de alta en la Seguridad Social por parte de la empresa que le contrate. En consecuencia, ostentaría la condición de asegurado a efectos de asistencia sanitaria en España a través del Sistema Nacional de Salud con cargo a los fondos públicos (art. 2 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto – en adelante, RD 1192/2012). Así, tendría derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española.

Por tanto, una alternativa podría consistir en contactar con su proveedor de servicios sanitarios en Brasil por si existe la posibilidad de que puedan recetarle parte de su

tratamiento por adelantado y, una vez que llegue a España, intentar buscar un trabajo a tiempo parcial con el fin de poder darse de alta en la Seguridad Social y tener la condición de *asegurado*.

3. Conclusiones

El visado de estudios constituye una autorización que le habilita a permanecer en España durante el tiempo que dure la realización de sus estudios.

Para ser titular del derecho a la protección a la salud y tener derecho a la atención sanitaria en España con cargo a los fondos públicos es necesario tener residencia legal y habitual en territorio español y no estar obligado a acreditar la cobertura obligatoria de la prestación por otra vía. Asimismo, se reconoce el derecho a la protección de la salud en las mismas condiciones que a las personas con nacionalidad española a aquellos extranjeros que se encuentren en España sin autorización para permanecer o residir en España.

En consecuencia, no reuniría los requisitos necesarios para poder obtener el reconocimiento a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria pública en España. Precisamente, porque además dentro de los requisitos necesarios para la tramitación del visado se encuentra la obligación legal de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria con una entidad aseguradora privada.

En relación con la posibilidad de no informar a la aseguradora de que tiene VIH, supone un incumplimiento de su deber de información previa a la contratación del seguro. Omitir esta información a propósito podría dar lugar a consecuencias de especial gravedad e incluso dar lugar a responsabilidad penal por delito de estafa. A esta complejidad hay que añadir el hecho de que el seguro constituye uno de los requisitos para el visado de estudios por lo que si la aseguradora pusiera fin al contrato de seguro podría peligrar su permanencia en España. Sin embargo, el problema radica que, en la práctica, la mayor parte de los contratos de seguro no incluyen dentro de su cobertura la asistencia farmacéutica o ambulatoria. Por tanto, tampoco quedaría cubierto el tratamiento antirretroviral por esta vía. En este aspecto, es recomendable que pregunte a la aseguradora sobre el alcance de la cobertura y que prestaciones incluye. No obstante, constituye una situación compleja debido a que si le informa de que tiene VIH podría tener problemas con la suscripción del contrato de seguro o que le impongan condiciones más onerosas y gravosas por tal condición.

Debido al elevado coste que supone acceder al tratamiento antirretroviral por su cuenta, una alternativa posible sería contactar con su proveedor de servicios sanitarios en Brasil y consultarle sobre la posibilidad de que puedan darle parte de su tratamiento antirretroviral por adelantado. Posteriormente, una vez se encuentre en España, dado que el visado de estudios le permite realizar actividades laborales a tiempo parcial, si encontrase un trabajo que reúna estas condiciones tendría la condición de *asegurado* al estar afiliado a la Seguridad Social, reuniría los requisitos para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos.

Por último, queremos informarle sobre la situación de los trámites de extranjería tras la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 – en adelante, RD 463/2020. Esta normativa supuso una suspensión de todos los plazos administrativos presentados antes del 15 de marzo, por tanto, si ya se encontraba realizando algunos trámites en relación con su visado es posible que se hayan demorado por este motivo. No obstante, desde el día 1 de junio de 2020 se reanudaron los plazos administrativos (art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma) y el estado de alarma ha finalizado desde el día 21 de junio de 2020.

De cualquier modo, le recomendamos que contacte con el centro educativo donde tenga planeado realizar sus estudios en España para poder conocer cuáles son las medidas que vayan a adoptar, en su caso, para el curso 2020-2021 con motivo de la crisis sanitaria.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad. Si tuviera alguna duda, no dude en volver a contactarnos y estaremos encantados de resolverla.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

Es importante destacar que las personas con VIH que tienen doble nacionalidad, siendo una de ellas de un país de la UE, tienen la creencia equivocada sobre la facilidad de acceder al tratamiento antirretroviral en España. Esa nacionalidad de un país de la UE es la llave de acceso, especialmente si es la española, sólo si el tercer país de la UE ha reconocido previamente el derecho a la asistencia sanitaria. A partir de ese momento se puede exportar ese derecho a España mediante la presentación de la tarjeta sanitaria europea.

Resumen de la Consulta

- Una pareja tiene la intención de residir en España y se preguntan si habrá muchos obstáculos para acceder a la atención sanitaria dado que ambos tienen VIH. Uno de ellos posee la nacionalidad italiana.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos:

- ¿Cuál es la nacionalidad de su pareja?
- ¿Llegarían a España en calidad de permiso de trabajo, de estudiante o similar?
- ¿Dónde residen actualmente?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. El tema por el que nos pregunta tiene diferentes respuestas debido a la nacionalidad de cada uno. Intentaremos aclararle las dudas sobre su derecho a residencia y sobre su derecho a la asistencia sanitaria.

Para comenzar, hablaremos de la persona con nacionalidad europea, en concreto la italiana. Según la Directiva 2004/38/CE en su artículo 2 se establece que será ciudadano de la unión toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro. Gracias a ello, la persona con nacionalidad italiana tiene **derecho de residencia de hasta tres meses** en el territorio de otro Estado miembro, en este caso España, con la única necesidad de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válido. Si el ciudadano de la Unión pretende residir en otro Estado miembro por un periodo **superior a tres meses** debe encontrarse en una de las siguientes situaciones:

- a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o
- b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de

- acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o
- c) está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, o
 - d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

En lo referido a los trámites administrativos que debe realizar al llegar a España, tendrá que acudir a la oficina de extranjeros de la provincia donde pretende permanecer o fijar su residencia, o ante la Comisaría de Policía correspondiente, y solicitar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Deberá presentarlo en el plazo de 3 meses a contar desde la fecha de entrada en España. Le será expedido inmediatamente un certificado de registro en el que contará su nombre, nacionalidad y domicilio, al igual que un número de identidad de extranjero. Este documento es el que acreditará su condición de residente en España.

En cuanto al derecho a la asistencia sanitaria, en este caso la manera más efectiva de obtener la asistencia sanitaria gratuita sería solicitando en Italia la **Tarjeta Sanitaria Europea** pues permite el acceso a la atención sanitaria pública durante una estancia temporal en cualquiera de los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Tiene un período de vigencia por dos años, renovable. Esta tarjeta supone un beneficio para los ciudadanos con nacionalidad de un Estado miembro que les otorga el derecho a todas las prestaciones en especie que resulten necesarias desde un punto de vista médico durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. Se puede solicitar por internet, sin necesidad de certificado digital, pero para acceder a esta prestación es necesario haber residido en el Estado miembro cuya nacionalidad ostenta porque el derecho a la asistencia sanitaria está ligado a la

residencia en el país salvo determinados supuestos que contemple la normativa de cada Estado miembro, por lo tanto, **si no ha residido en Italia, aunque tenga el pasaporte italiano, no podrá beneficiarse de la Tarjeta Sanitaria Europea.**

Si no ha residido efectivamente en Italia, al ser un ciudadano europeo que desea vivir en España por un tiempo superior a 3 meses, y no tiene medios económicos suficientes para no ser una carga para la asistencia social de España, para poder acceder a las prestaciones sanitarias gratuitas a través del sistema público de salud, **tendrá que trabajar y cotizar en la Seguridad Social en España.** Una vez que encuentre un trabajo y se dé de alta en el sistema de Seguridad Social, podrá solicitar que se reconozca su derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Como recomendación, dado que todos los trámites para acceder finalmente a la asistencia sanitaria gratuita pueden tardar, lo aconsejable es que intente venir a España con medicación para 3 meses con el propósito de no interrumpir el tratamiento antirretroviral. Tres meses es el límite que impone la Unión Europea para el transporte de medicación para uso personal.

Por otro lado, respecto a la situación de la persona que no tiene la nacionalidad europea se deben seguir otras pautas. En lo referente al derecho de residencia, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 30, regula **la situación de estancia** como la permanencia en territorio español por **un período de tiempo no superior a 90 días.** Traspasado ese período se debe solicitar una prórroga de estancia o un permiso de residencia, de lo contrario se encontraría en situación irregular. Durante el periodo de estancia de 90 días, los extranjeros no tienen derecho a la asistencia sanitaria de forma gratuita porque deben entrar en España con un seguro de salud que cubra cualquier incidencia.

Sin embargo, una vez que trascurren esos 3 meses, la situación es radicalmente distinta. Según el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud en su artículo 3 ter explica que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España **tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española y será con cargo a los fondos públicos.** Deben cumplir con los siguientes requisitos:

- No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.
- No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.
- No existir un tercero obligado al pago.

Por tanto, una vez que se encuentre en situación irregular tendría derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, no obstante, es importante que intente regularizar su situación administrativa, pues, aunque tenga derecho a la asistencia sanitaria, estar en situación irregular no le permitiría trabajar de forma legal, por ejemplo. Y, al igual que con su pareja, lo recomendable es viajar a España con mediación para 3 meses con el fin de no interrumpir el tratamiento antirretroviral, dado que, como decimos, antes de que transcurran esos 3 meses no tendrá derecho a la asistencia sanitaria gratuita.

En este caso, al contar con una pareja de nacionalidad europea la mejor vía para regularizar su situación sería solicitar la **Tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea en el plazo de 3 meses desde la entrada en España**. Es un documento que permite al beneficiario el derecho a residir y trabajar en España con las mismas condiciones que un español, pudiendo salir y entrar en España sin problemas. Pueden ser beneficiarios:

1. Cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial
2. Pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal (pareja de hecho) y se encuentre inscrita en un registro público establecido en un Estado miembro de la Unión.
3. Pareja de hecho no inscrita con la que mantenga una relación estable debidamente probada al acreditar la existencia de un vínculo duradero.
4. Hijos directos del ciudadano de la Unión o de su cónyuge o pareja registrada.

Esto significa que podría solicitar la Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea siempre que se casen o que se inscriban en España como pareja de hecho o que puedan demostrar debidamente la existencia de una relación de vínculo duradero que se entiende como la acreditación de **convivencia marital** de, al menos, **un año continuado**, salvo que haya descendencia común en cuyo caso solo sería necesario la acreditación de la convivencia estable. Pero también se han de

cumplir otros requisitos como la presentación del contrato de trabajo del ciudadano europeo y el documento que acredite que está dado de alta en la Seguridad Social.

La vigencia de la Tarjeta inicial de residencia de familiar europeo es de 5 años, y de 10 años para la permanente, que se tramita tras la pérdida de vigencia de la inicial y se renueva cada 10 años. La solicitud deberá realizarse personalmente por el familiar del ciudadano europeo en la Oficina de Extranjería de la provincia donde el familiar, su pareja, va a residir, por tanto, no puede presentarse en el consulado español en el país de origen. Puede encontrar mas información en el siguiente enlace: <http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanoscomunitarios/hoja103/index.html>.

Le agradecemos la confianza puesta y esperamos que le haya servido de ayuda. Para más información o preguntas al respecto no dude en volver a contactar con nosotros. Muchas gracias por su atención.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

Por otro lado, en las consultas recibidas siguen observándose casos de discriminación directa, que es aquella que se produce cuando una persona con VIH es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por motivo de o por razón de su condición serológica. Esta discriminación directa, producida por una barrera actitudinal, podemos observarla en una consulta muy repetida a lo largo de estos meses: la denegación de un servicio que se ofrece al público en general por razón de la condición serológica de la persona con VIH.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Una persona con VIH acude a dos clínicas capilares en Madrid para realizarse un injerto, en las cuales le comunican que pueden realizar la intervención, pero con un sobrecoste de mil euros, debido a que tienen que alquilar un quirófano especial para llevar a cabo dicho procedimiento por la normativa que existe en la Comunidad de Madrid. Además, le comentan que los inspectores de sanidad les han dicho que para

enfermedades de este tipo hace falta una ventilación especial y una maquinaria de esterilización especial. En ningún momento las clínicas han accedido a entregare estas condiciones por escrito ni a enviarle la normativa por la que se rigen. Ante estos hechos, nos pregunta si el sobrecoste del servicio es legal y las acciones puede llevar a cabo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Artículo 24. Tutela judicial efectiva.

Artículo 53. Tutela de las libertades y derechos fundamentales.

-. España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 24 de noviembre de 1996, núm. 281. (Cita en texto: CP).

Artículo 109 y ss. De la responsabilidad civil y su extensión.

Artículo 512. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

-. España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11.

-. España. Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 16 de julio de 1998, núm. 167.

Artículo. 50. Normalización técnica, comercial y de prestación de servicios.

-. España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, el 8 de enero de 2000, núm. 7.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario.

-. España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287.

Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

-. España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 1882, núm. 260.

Artículo 100. Acción penal y acción civil.

Artículo 264 a 268. De la denuncia.

Artículo 270. De la querrela.

Artículo 277. Forma de la querrela.

Artículo 284. De la Policía Judicial.

Artículo 311 a 313. De la formación de sumario.

Artículo 742. Resolución de la responsabilidad civil.

Artículo 766. Recurso de reforma y de apelación.

Artículo 773. De las actuaciones de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal.

-. España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual.

-. España. Orden 1158/2018, de 7 de noviembre, del Consejero de Sanidad, por la que se regulan los requisitos técnicos generales y específicos de los centros y servicios sanitarios sin internamiento, de los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria y de la asistencia sanitaria prestada por profesionales sanitarios a domicilio en la Comunidad de Madrid. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 4 de diciembre de 2018.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

- **Medidas de Protección Universal** (lavado de las manos, utilización de guantes, utilización de mascarillas, colocación de batas, así como de otros elementos de protección).

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- AMADEO GADEA, S., *Comentario a Artículo 512 del Código Penal*. Publicado en VLEX.

- CESIDA. GTT-VIH. *VIH, discriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH*. Publicado en Barcelona en octubre de 2015.

- Ministerio de Sanidad. Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud. *Bloque quirúrgico estándares y recomendaciones*.

- Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH. Noviembre de 2018. Plan Nacional sobre el SIDA Dirección General de Salud pública, calidad e innovación ministerio de sanidad, consumo y bienestar social.

- Si decide presentar su reclamación a través de Internet, en el siguiente enlace de la página web del Portal del Consumidor de la Comunidad de Madrid hay dos accesos que permiten la descarga y la presentación del impreso normalizado para la formulación de reclamaciones y denuncias de consumo:
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&childpagename=PortalConsumidor%2FPage%2FPTCS_contenido&cid=1328078230670&pagename=PTCS_wrapper

Para más información y detalles sobre este proceso, puede consultar el siguiente enlace:

Presentar una reclamación - Madrid.org - Portal del Consumidor

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, antes de nada, le queríamos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal, ya que esto nos permite aprender y desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, analizaremos la legalidad de la imposición de un sobrecoste del servicio a las personas que tienen VIH y su exclusión. Posteriormente, se

explicarán las medidas legales que puede adoptar ante estas situaciones. En este sentido, se estudiará la normativa aplicable al caso y algunos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto. Por último, se expondrá el servicio del Turno de Oficio y el derecho a la Asistencia jurídica gratuita por si pudiera ser beneficiario de la misma.

Índice

1. Análisis de la legalidad de imponer un sobrecoste o excluir a personas con VIH
2. Derecho de los consumidores: nulidad de las cláusulas discriminatorias
3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden civil
4. Responsabilidad extracontractual por daños morales
5. Inhabilitación por delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas
6. Procedimiento procesal penal
7. Asistencia jurídica gratuita y turno de oficio
8. Conclusiones

1. Análisis de la legalidad de imponer un sobrecoste o excluir a personas con VIH

En primer lugar, según los hechos que nos relata, desde la Clínica Legal entendemos que usted ha sido discriminado, ya que en las clínicas le tratan de forma diferente por tener VIH, y ese trato diferenciado no está justificado, ya que una persona es discriminada cuando recibe un trato diferenciado injustificado al que recibe el resto de las personas por pertenecer a un grupo particular.

El sobrecoste injustificado de servicios, como en su caso, y la violación de derechos de las personas con VIH constituyen ejemplos de discriminación. A continuación, analizaremos la legalidad de esta situación.

El artículo 14 de la Constitución Española (en adelante, CE) recoge el principio de igualdad: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio se vulnera cuando se discrimina: la discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, es decir, que no es razonable desde un punto de vista jurídico.

La CE no prohíbe el trato diferenciado siempre que su objetivo sea una causa lícita, proporcional y justificada. En el caso que nos relata, nos encontraríamos ante una discriminación prohibida por el principio de igualdad anteriormente citado, puesto que se cumplen los siguientes requisitos:

- Que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente entre dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos. En este caso, el trato diferenciado consistiría en la imposición del sobrecoste del procedimiento por el hecho de tener VIH, no siendo un factor determinante, pues no existe ningún riesgo. Esto lo analizaremos más adelante.
- Que la distinción no persigue una finalidad legítima, es decir, no tiene una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta el objeto y efectos lesivos de la medida examinada.
- Que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido, es decir, no es proporcional el sobrecoste impuesto con el fin perseguido, en este caso la salud, pues no existe un riesgo real y no es necesario adoptar medidas “extra” de seguridad.

Según la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que aparece en la sentencia núm. 340/1993, de 10 de diciembre de 1993 en su Fundamento Jurídico Cuarto, el principio de no discriminación implica *“no sólo 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 por el legislador”*.

Por lo que para permitir el trato dispar de situaciones equiparables se exige la concurrencia de una doble garantía:

- a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; así mismo, a pesar de que la medida pueda considerarse razonable si atenemos al fin que persigue, esta puede no ser proporcional si podemos emplear medidas menos

lesivas para ello, como seguir las MUPT, atender a los avances científicos, las causas de transmisión de la enfermedad y las medidas higiénicas que se deben adoptar en un quirófano en todos los casos.

b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 96/2002 de 25 de abril, FJ 7).

En relación con lo anterior se debe considerar que el sobrecoste impuesto por las clínicas es inadecuada en cuanto a su propósito y finalidad, dado que para disminuir los riesgos de una posible transmisión de cualquier enfermedad resulta obligatorio realizar la adecuada utilización del material quirúrgico en todos los casos, sin que deba suponer un sobrecoste para los clientes, ya que no es necesaria tomar ninguna medida de seguridad especial y mucho menos realizar la intervención en un quirófano especial, con una ventilación y una maquinaria de esterilización especial, pues no existe normativa, ni nacional ni autonómica, que obligue a implementar estas medidas cuando se opera a una persona con VIH, pues existen medidas básicas de higiene que se deben adoptar en todos los casos.

Por otro lado, el efecto de la medida es rechazable en un doble sentido, por cuanto supone una discriminación injustificada para las personas que viven con VIH y permite que se descuiden las medidas de higiene.

En el Derecho español es discriminatorio la denegación y el sobrecoste injustificado de un servicio por tener una enfermedad infecciosa sin tener en cuenta las vías de transmisión, especialmente si esta es casual o no, y los avances científicos con respecto a los tratamientos antirretrovirales.

Las personas con VIH no son un riesgo puesto que las vías de transmisión están definidas con claridad y no se transmite por el aire para que esté justificado un sistema de ventilación especial como se indica desde las clínicas, y tampoco se pueden dar

las situaciones que se podrían producir en el transcurso de una intervención de estas características si se siguen las MUPT (medidas básicas de higiene, precauciones simples, obrar con sentido común, etc.) y las medidas de higiene que se deben seguir en un quirófano.

La higiene en los quirófanos es uno de los aspectos fundamentales para evitar contagios en los pacientes. El descuido de normas higiénicas básicas en los quirófanos es, en muchas ocasiones, causa directa de infecciones en los pacientes.

Las áreas quirúrgicas no están exentas de las llamadas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias y, por ello, se debe prestar especial atención a la prevención dentro del quirófano. Ya desde el acondicionamiento, el quirófano tiene que disponer de unas barreras específicas para aislarlo del resto del hospital y del exterior. Debe estar correctamente señalizado con carteles que impidan el acceso al personal ajeno y aislado del ruido. Además, necesita de aire acondicionado y una climatización aislada del exterior. Las paredes serán lisas para que se puedan lavar y limpiar fácilmente y el suministro de agua debe ser independiente con filtros especiales. Las puertas deben permanecer cerradas y para abrirlas se hará de forma suave para impedir las corrientes de aire.

Para evitar el crecimiento bacteriano es muy importante mantener el quirófano a una determinada temperatura ambiente, se recomienda un valor de 21°C (-1°C y +3°C) y con una humedad relativa ambiental de 50% ($\pm 10\%$). También debe estar provisto de un sistema de presión positiva, de manera que el movimiento de aire se produzca de la zona más limpia a la menos limpia (de dentro hacia fuera). Esto es una medida que se debe adoptar en todas las intervenciones, independientemente de que la persona tenga VIH.

Otro aspecto crucial para garantizar un ambiente lo más aséptico posible es que los profesionales que intervienen en la cirugía cumplan fielmente las normas básicas de higiene personal. Estas medidas comprenden vestir el pijama característico del medio hospitalario, cubrirse pies y cabeza con polainas y gorro, respectivamente, llevar mascarilla, el lavado de manos y la utilización de guantes. Las personas que permanecen en el quirófano durante la cirugía deben ser las mínimas y también deben moverse lo menos posible.

La ropa quirúrgica y los campos colocados entre las áreas estériles y no estériles de la zona de quirófano y el personal actúan como barreras y protegen de esta forma

contra la transmisión de bacterias de un área a otra. La característica más importante en cuanto a la ropa quirúrgica es su impermeabilidad a la humedad, ya que el efecto capilar de un paño o uniforme mojado puede transmitir bacterias de un lado a otro del material. Además, para que se comporten como barrera a la humedad hay que tratarlos con una sustancia impermeabilizante. Hoy se utilizan como alternativa batas desechables fabricadas con fibra de celulosa procesada y tratada.

En cuanto al uso del gorro, este debe cubrir completamente el cabello, evitando así que caigan cabellos o caspa sobre el uniforme o campo quirúrgico, y debe ajustarse bien. Los guantes protegen a los profesionales sanitarios de los fluidos biológicos del paciente y al paciente de las manos de estos. La mascarilla quirúrgica se debe utilizar siempre, y bien ajustada, para evitar la diseminación de gérmenes que normalmente puedan estar en la boca, nariz o garganta y evitar así la contaminación del paciente y/o del medio al hablar, toser o respirar. Todo este material nombrado es de un solo uso y se debe retirar y desechar de la manera apropiada en todos los casos.

Otra de las medidas importantes de higiene dentro del quirófano es el lavado quirúrgico de manos del personal sanitario para eliminar la flora transitoria o contaminante y reducir la flora residente de manos y antebrazos. Su duración debe estar comprendida entre los 3 y 5 minutos y se recomienda que se realice en 2 o 3 veces, enjuagándose cada vez, con el fin de retirar el jabón contaminado. Este lavado de manos se suele realizar con povidona yodada o clorhexidina y se recomienda incidir sobre dedos, pliegues y uñas. Últimamente, los preparados de base alcohólica están ganando fuerza también en este terreno y resultan un alternativa más para realizar una desinfección de manos correcta. Debemos recordar que es importante mantener las uñas cortas y limpias, libres de esmaltes, y no llevar joyas.

Las manos son el principal vehículo de transmisión de microorganismos de las superficies al paciente, por lo tanto, además de asegurar la higiene de manos de todo el personal, es imprescindible establecer sistemas de limpieza y desinfección que reduzcan al máximo la carga microbiana de las superficies, sobre todo de aquellas que se tocan con más frecuencia. La complejidad y el uso (tipo de atención que se le presta al paciente) del área quirúrgica, especialmente en los quirófanos, hacen necesario instaurar un programa de limpieza exhaustivo en el que figuren las diferentes limpiezas a efectuar, en función del momento del día en el que estemos (inicio o final de jornada, entre intervenciones) o de la zona del bloque quirúrgico en

la que nos encontremos (quirófano, vestuarios, almacenes,...); las frecuencias de estos procedimientos; los productos a utilizar; el método; retirada de residuos; etc.

Por último, no podemos olvidarnos del proceso de esterilización o eliminación total de cualquier agente infeccioso del instrumental o material que se ha empleado en una cirugía. Después de tirar el material de desecho o un solo uso, el resto se envía a la Unidad de Esterilización y allí, un equipo de profesionales se encarga de limpiarlo minuciosamente, eliminar los restos de materia orgánica, para su posterior esterilización.

En este sentido, no existe un procedimiento especial de esterilización para el VIH, pues fuera del organismo se inactiva con facilidad, pierde enseguida su capacidad infectante y es incapaz de reproducirse. Hasta hoy no se ha demostrado ningún caso de transmisión del VIH a través de un contacto casual con un medio supuestamente contaminado (pinchazo accidental con una jeringuilla en el parque, en la calle o en la playa, manipulación de preservativos usados, etc.). En general, según el propio Ministerio de Sanidad, en caso de contacto con alguno de estos objetos, no se recomienda la realización de la prueba del VIH.

Todas las medidas expuestas son obligatorias en todos los quirófanos y en la realización de todas las intervenciones y deben estar recogidas en los protocolos de los hospitales o centros destinados a la realización de intervenciones ambulatorias (como es el caso de los centros de injerto capilar) tanto privados como públicos, independiente de que el paciente o cliente (en este caso) tenga VIH, pues existen multitud de bacterias que pueden causar graves pruebas de salud si no se adoptan las medidas de higiene necesarias. Además, estas medidas son bidireccionales y sirven para prevenir tanto una posible transmisión de la infección por parte de la persona con VIH como una transmisión a la persona que no lo tiene, pero sobre todo para prevenir una enfermedad bacteriana.

Las medidas que deben adoptar los quirófanos vienen establecidas mediante protocolos, en concreto, cabe destacar el informe elaborado por el Ministerio de Sanidad dentro del Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud, llamado "*Bloque quirúrgico estándares y recomendaciones*". Igualmente, el Ministerio de Sanidad no ha establecido ningún protocolo específico que se deba seguir en la preparación de un quirófano con respecto al VIH.

Por otro lado, en la Comunidad de Madrid resulta de aplicación la Orden 1158/2018, de 7 de noviembre, del Consejero de Sanidad, por la que se regulan los requisitos técnicos generales y específicos de los centros y servicios sanitarios sin internamiento, de los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria y de la asistencia sanitaria prestada por profesionales sanitarios a domicilio en la Comunidad de Madrid, por la cual se establecen los requisitos de limpieza, desinfección y esterilización en los quirófanos. En ella no se establece ningún requisito específico de preparación de los quirófanos en el caso de que se opere a una persona con VIH.

A pesar de todo, en el hipotético caso de que se produjera un contacto entre usted y el personal médico que va a realizar el injerto, es necesario destacar que las personas que tienen su infección controlada por el tratamiento antirretroviral (carga viral indetectable), no transmiten el VIH a terceros, pues hay una tasa de reducción del 100% en el riesgo de transmisión del virus, así lo ha demostrado el estudio Partner 2.

Por todo ello, entendemos que obligarle a afrontar un sobrecoste de la operación, son situaciones discriminatorias por no superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional debido a los resultados gravosos que produce, no existiendo ninguna norma ni protocolo, tanto nacional como autonómico, que obligue a adoptar medidas específicas.

2. Derecho de los consumidores: nulidad de las cláusulas discriminatorias

Debido a la discriminación de las personas con VIH en el acceso a servicios, en el año 2018 se modificó la normativa nacional en materia de consumidores y usuarios, añadiendo la disposición adicional única en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, relativo a la nulidad de determinadas cláusulas, estableciendo que:

“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.”

Este precepto resulta de aplicación en su caso ya que usted es considerado consumidor de acuerdo con el artículo 3 del citado real decreto legislativo:

“Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Por lo tanto, el sobrecoste del servicio por tener VIH sería considerada una cláusula nulas de acuerdo con la disposición anterior.

En igual sentido, lo establece la Comunidad Autónoma Madrid en su normativa específica en materia de consumidores. El artículo 50.9 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, establece que cualquier forma de discriminación en la prestación de un servicio constituyen una infracción.

Por ello, una de las medidas legales que puede llevar a cabo es presentar una reclamación en materia de consumo. Consiste en una comunicación que el consumidor dirige a la administración competente cuando se presenta un conflicto o desacuerdo entre él y la empresa o el profesional que le ha vendido el producto o prestado, en este caso, imponiendo el sobrecoste, poniendo de manifiesto los hechos y solicitando una solución y/o compensación. Para presentar dicha comunicación no es necesaria la asistencia de un/a abogado/a.

Antes de presentar la reclamación, es recomendable ponerse en contacto con el empresario para tratar de resolver el conflicto. En caso de que no logren ponerse de acuerdo, o, el empresario no conteste a su comunicación, puede presentar la reclamación ante la Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo.

Es recomendable que todas las comunicaciones que tenga con el vendedor o prestador del servicio las haga usando mecanismos que dejen constancia de su envío, es decir, por escrito o en cualquier soporte duradero como por ejemplo, el correo electrónico o mediante un burofax con acuse de recibo.

En caso de que no consiga solucionar el conflicto o no le contesten, solicite la hoja de reclamaciones en las clínicas, rellénela y quédese con una copia de la misma. Si las clínicas se negaran a facilitar las hojas de reclamaciones, o alegan que no tienen,

puede solicitar la asistencia de la policía local correspondiente para que levante acta de ello.

En la reclamación debe hacerse constar:

- Nombre, dirección, DNI, correo electrónico y teléfono del reclamante.
- Nombre comercial, denominación social, domicilio, NIF y teléfono de la empresa contra la que se reclama.
- Descripción breve y clara de los hechos objeto de su reclamación.
- Lo que solicita con la reclamación.

Deberá presentar la hoja de reclamaciones en la Administración, pudiendo hacerlo de manera presencial o a través de internet.

Si decide hacerlo de manera presencial, el escrito de reclamación debe presentarse lo antes posible en la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) más cercana a su domicilio, o bien, en la Dirección General de Comercio y Consumo.

Conviene adjuntar cualquier documento (contrato, factura, presupuesto, correos electrónicos, etc.) que pueda servir como prueba de lo que se reclama.

Si decide hacerlo a través de Internet, en el siguiente enlace de la página web del Portal del Consumidor de la Comunidad de Madrid hay dos accesos que permiten la descarga y la presentación del impreso normalizado para la formulación de reclamaciones y denuncias de consumo (se necesita DNI electrónico o un certificado electrónico reconocido por la Comunidad de Madrid):
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&childpagename=PortalConsumidor%2FPage%2FPTCS_contenido&cid=1328078230670&pagename=PTCS_wrapper

Para más información y detalles sobre este proceso, puede consultar el siguiente enlace:

[Presentar una reclamación - Madrid.org - Portal del Consumidor](#)

En cualquier caso, le recomendamos que acuda a una Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo, para que le informen de los pasos a seguir en su caso concreto, este es un servicio completamente gratuita y, en muchas ocasiones, muy eficaz. No obstante, debido a la situación epidemiológica que estamos viviendo actualmente, le recomendamos que llame primero, porque puede ser que solo atiendan con cita previa.

No obstante, si desea más información al respecto no dude en ponerse de nuevo en contacto con la Clínica Legal.

3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden civil

Los derechos fundamentales protegidos se recogen en el Título I de la CE en el que se configuran todos los derechos para los nacionales y para los extranjeros residentes en España.

Dentro del sistema de tutela de los derechos fundamentales, el segundo apartado del artículo 53 de la CE acoge las llamadas garantías jurisdiccionales, reservadas únicamente para el principio de igualdad del artículo 14 y los derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo I, así como para la objeción de conciencia.

En este caso, los derechos fundamentales y las libertades públicas tienen una doble vía de protección: primero, mediante el procedimiento específico de derecho de los consumidores y usuarios explicado en el apartado anterior, y después, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

En este procedimiento se pueden hacer valer, entre otras pretensiones, la declaración de no ser conforme a Derecho la imposición del sobrecoste del procedimiento; así como, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, como es el reconocimiento de esa discriminación injustificada.

En el ámbito civil, los derechos fundamentales se protegen por el procedimiento ordinario civil, es decir, se tramitan como un procedimiento judicial ordinario, regulado en el artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para iniciar este procedimiento, le remitimos la consulta con un/a abogado/a, que le podrá indicar con mayor precisión la mejor estrategia a seguir.

4. Responsabilidad extracontractual por daños morales

Por otro lado, el VIH tiene unas consecuencias directas en el plano psicológico y social que en muchos momentos pueden ser tan graves o más que la propia enfermedad, que abarcan básicamente trastornos de la ansiedad y/o del estado del ánimo, que se pudieran dar tras el diagnóstico de la enfermedad, así como son los estados depresivos, trastornos adaptativos, trastornos de identidad, síntomas de auto

rechazo, culpabilidad, disminución de la autoestima, alteraciones en las relaciones sexo-afectivas, etc.

Además de los efectos psicológicos inherentes a una enfermedad caracterizada por su componente amenazante para la vida del individuo, nos encontramos también con los efectos negativos propios del estigma social y del rechazo.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como “*el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica... La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico*”.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 establece:

*“Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad; daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral [...] **Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso.** Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización, estableció que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».”*

En este sentido, denegarle el servicio y, posteriormente, obligarle a afrontar un sobrecoste del trasplante capital por su estado serológico, constituye un acto discriminatorio que ocasiona daños morales.

Para el caso de los daños morales resulta difícil la estimación detallada de la vulneración de un derecho fundamental y sus repercusiones, por lo que deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño.

La responsabilidad civil es la obligación de responder de forma dineraria por los daños y perjuicios producidos a un tercero.

La responsabilidad civil puede ser contractual (cuando la responsabilidad nace por haber transgredido una obligación establecida en un contrato) o extracontractual (cuando lo transgredido es una norma, la moral o las reglas de convivencia social, esto es, el deber de diligencia que incumbe a toda persona).

En su caso, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, regulado en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil español, según el cual *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nombrado en el Código civil, tiene encaje en la amplia expresión “reparar el daño causado” del artículo 1902 citado.

En la actualidad, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, como puede ser la imposición de un sobrecoste del servicio por tener una enfermedad concreta.

En consecuencia, se puede afirmar que este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en el deber jurídico general de no hacer daño a nadie, de forma que, si no es respetado, su responsable debe reparar el perjuicio causado.

Para que una pretensión de esta naturaleza prospere, se requiere que concurren los siguientes presupuestos:

- Que la acción u omisión sea culposa o negligente o bien se derive de una actividad de riesgo o peligrosa. En su caso, se trataría del primer supuesto, la acción sería la imposición de un sobrecoste no justificado y, por tanto, discriminatorio.
- Daño causado a su persona. El daño debe ser cierto, en su caso son los daños morales causados.

- Relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño. En su caso, el sobrecoste que le obligan a afrontar las clínicas ha producido la discriminación con los consecuentes daños morales.

Para este recurso por daños y perjuicios en vía civil, es necesario la asistencia de un/a abogado/a y la representación de un/a procurador/a, por ello, le informamos al de esta consulta de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

5. Inhabilitación por delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas

Por otra parte, según los hechos que nos ha relatado, podría resultar de aplicación el delito tipificado en el artículo 512 del Código Penal, relativo a la discriminación en el acceso a un servicio o prestación, en el caso de que se negaran a realizarle la intervención, este procedimiento penal no es aplicable en el caso de la imposición del sobrecoste, pero sí en el caso de que nos encontremos ante una denegación del servicio.

El artículo 512 del Código Penal establece: *“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.”*

Es decir, según el mencionado artículo se considera delito que un empresario o profesional deniegue a alguien una prestación, en ese ámbito privado, por motivaciones discriminatorias. Los Tribunales españoles han sentado jurisprudencia sobre el artículo citado.

Según establece el Juzgado de lo Penal de Sevilla en su sentencia núm. 53/2017 de 22 febrero: *“[...] la actuación de dicho sujeto activo para integrar el tipo delictivo, debe consistir en la "denegación de una prestación a la que una persona tenga derecho", habiendo venido la doctrina entendiéndola como tal "prestación a la que una persona tiene derecho", en el sentido de "prestación con respecto a la que dicha persona tenga una expectativa concreta y fundada en derecho", entendiéndose que la persona a la que se deniega la prestación debe "tener derecho" a la misma. Por ello deben quedar*

fuera del tipo los casos en los que el trato diferenciado se encuentre justificado o amparado normativamente.”

Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de julio de 1997, el dueño de una empresa de venta de coches, se había negado a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una determinada etnia y se le condenó como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de discriminación, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público.

El condenado recurrió y la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre, desestimó el recurso, entendiendo que los artículos 511 y 512 del Código Penal no incorporan “tipos penales de autor”, inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de “ser” racista, machista, homófobo, etc. Estas infracciones consisten en la realización de conductas dolosas de denegación de una prestación a las que otro tiene derecho, por la mera pertenencia de la víctima a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma, es decir, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

Usted tendría derecho a la prestación que se le pudieran denegar ya que se trata de un servicio que se ofrece al público en general. El hecho de que alguna clínica se negase a realizarle un trasplante capilar al conocer su estado serológico constituye una negativa que consideramos injusta y que encajaría dentro del delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en el artículo 14 de la Constitución Española como explicamos anteriormente, siendo plenamente aplicable la argumentación expuesta en el primer apartado de esta consulta.

6. Procedimiento procesal penal

En el caso de que llegara a producirse la situación anterior, le informamos de que puede proceder a la interposición tanto de una denuncia como de una querrela contra el equipo médico que le deniegue el servicio.

Debe saber que si presenta una denuncia no será parte en el procedimiento y no podrá por tanto presentar pruebas, solicitar diligencias o presentar recursos. En este

caso, aunque usted no sea parte en el proceso, será el Ministerio Fiscal quien ejerza de acusación, ya que el juicio no se pone en marcha si no hay una acusación.

En el caso de que interponga una querrela se personará en el procedimiento como acusación particular a través de abogado/a y procurador/a, por lo que podrá presentar pruebas, solicitar diligencias, interponer recursos y alegar todo a lo que su derecho convenga, y estará informada del curso de toda la investigación y del procedimiento a través de su procurador/a y abogado/a.

A través de la denuncia se da noticia a la autoridad de la comisión de un delito, pero no se ejercita acción penal; por eso no se requiere ningún acto del denunciante ni tendrá que probar los hechos consignados en la denuncia.

La denuncia se interpone ante cualquier miembro del Ministerio Fiscal, funcionarios de la policía, o ante el órgano jurisdiccional; se hará por escrito o de palabra; personalmente o por mandatario con poder especial.

Una querrela es un acto procesal por el que se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional la comisión de un delito y, además, se ejercita la acción penal, lo que hace que usted se pueda constituir en parte procesal. Para la interposición de una querrela será necesario presentarla a través de procurador/a con poder bastante y suscrita por un/a abogado/a.

A la acción penal explicada se puede acumular la acción civil de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios, que es la obligación de responder de forma dineraria por los daños y perjuicios que le han producido, tanto físicos como morales, como hemos expuesto en el apartado específico de esta consulta. El artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable, sin embargo, también puede nacer una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. Se contempla así la acción civil derivada del delito.

Los artículos 109 y siguientes del Código Penal configuran esta responsabilidad civil derivada del delito, señalando que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados.

En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo al procesado y, a su vez, también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil.

En este caso, hemos señalado que es una responsabilidad extracontractual porque el daño se produce por violación de deberes generales de conducta, es decir, como señala el artículo 1104 del Código Civil, con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Tanto para el recurso por daños y perjuicios en vía civil como para el procedimiento en vía penal, será necesaria la asistencia de un/a abogado/a y procurador/a, por ello, le informamos a continuación de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

7. Asistencia jurídica gratuita y Turno de Oficio

Queremos informarle en este punto de la posibilidad de solicitar un/a abogado/a del Turno de Oficio.

El Turno de Oficio es un servicio que ofrecen los Colegios formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio.

A este servicio suelen recurrir personas que no conocen ningún abogado y tienen que enfrentarse a algún asunto. Por ello, acuden al Colegio de Abogados para que le designen un abogado de oficio, sin que quien lo pide sea beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Es preciso indicar que los abogados de oficio no son funcionarios ni miembros de la Administración de Justicia. Son abogados privados que, voluntariamente, se apuntan a las listas de los Colegios para ofrecer este servicio en diferentes ámbitos de la jurisdicción.

Cualquier persona que necesite un abogado del Turno de Oficio puede acudir al Colegio de Abogados, en su caso debería acudir al Colegio de Abogados del lugar donde resida, en su caso sería el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Por otra parte, también existe la posibilidad de beneficiarse de la Asistencia Jurídica Gratuita.

La CE establece en su artículo 119 que la justicia será gratuita respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Este mandato constitucional se desarrolla en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

La Asistencia Jurídica Gratuita es un servicio prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Asistencia

Jurídica Gratuita. El objeto es satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, permitiéndole al beneficiario enfrentarse al proceso con las garantías de igualdad de partes e independencia, sin que ello se pueda ver afectado por la situación económica.

El letrado (y otros profesionales si fueran necesarios), es designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio (o por el solicitante dentro de los del Turno), asumiendo la Administración el pago de los honorarios. Para ello debería acudir al Colegio de Abogados correspondiente, en su caso el de Madrid.

Por lo general, tendrán derecho a Asistencia Jurídica Gratuita aquellas personas cuyos ingresos brutos anuales por cualquier concepto (trabajo, rentas, pensiones, desempleo, intereses, etc.) no superen una determinada cantidad (en 2020 era de 12.780,00€ si la unidad familiar está integrada por una persona, 15.975,33€ si está integrado en una unidad familiar con dos o tres miembros, 19.170,39€ si está integrado en una unidad familiar con cuatro miembros y 31.950,65€ si está integrado en una unidad familiar con circunstancias especiales).

Sin embargo, el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita recoge un reconocimiento excepcional del derecho atendiendo a las *“circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional”*. Por lo tanto, si el procedimiento judicial está relacionado con el VIH, podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por tanto, la asistencia por un abogado del Turno de Oficio no es un reconocimiento de ser beneficiario de Asistencia Jurídica Gratuita, si únicamente es un abogado del Turno de Oficio, a este le deberá abonar la minuta. Por el contrario, si es un abogado del Turno y el solicitante es beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita, el pago de los honorarios del letrado lo hará la Administración.

Para solicitar la Asistencia jurídica gratuita le recomendamos que acuda al Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados. Es un servicio que atiende e informa al ciudadano sobre la defensa de sus derechos, tramitación de sus reclamaciones judiciales y las posibilidades de obtención de asistencia jurídica gratuita.

Para más información sobre este servicio puede consultar el siguiente enlace:

[Servicio de Orientación Jurídica - ICAM - Ilustre Colegio de Abogados de Madrid](#)

8. Conclusión

En primer lugar, desde la Clínica Legal entendemos que usted ha sido discriminado por parte de las clínicas capilares por obligarle a afrontar un sobrecoste, medida que no es proporcional ni razonable. No es proporcional ni razonable porque las MUPT y las medidas higiénicas que deben tener los quirófanos deben ser utilizadas en todos los casos, no existiendo ninguna normativa específica para las personas con VIH. Además, si usted tiene una buena adherencia al tratamiento y su carga viral es indetectable, entonces el riesgo de transmisión es nulo, por lo que no existe un riesgo de transmisión en la intervención.

En segundo lugar, al ser usted un consumidor, resulta de aplicación la disposición adicional única del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, relativo a la nulidad de cláusulas que supongan una discriminación a las personas con VIH, como sucede en su caso.

En igual sentido, lo establece la Comunidad Autónoma Madrid en su normativa específica en materia de consumidores. El artículo 50.9 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, pues indica que cualquier forma de discriminación en la prestación de un servicio constituyen una infracción.

Ambas leyes prevén instrumentos legales para la defensa de los consumidores y usuarios, le recomendamos que acuda a una Oficina de Información al Consumidor más próxima a su domicilio o en la Dirección General de Comercio y Consumo, para que le informen de los pasos a seguir en su caso concreto, este es un servicio completamente gratuita y, en muchas ocasiones, muy eficaz. No obstante, debido a la situación epidemiológica que estamos viviendo actualmente, le recomendamos que llame primero, porque puede ser que solo atiendan con cita previa.

En tercer lugar, entendemos que podría solicitar una indemnización por los daños morales causados por las clínicas, a través de un recurso en vía civil por daños y perjuicios. Además, en el caso de que finalmente le denegaran el servicio, entendemos que podría ser constitutivo de un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que usted podría interponer una denuncia

o una querrela contra el equipo médico que le denegó el servicio. Así mismo, puede pedir una indemnización por los daños morales causados.

En este sentido, puede optar por acumular la acción civil a la acción penal, es decir, pedir la indemnización por daños morales dentro de la querrela del proceso penal, como responsabilidad civil derivada del delito, o bien puede ejercitar ambas individualmente o interponer solo una de ellas.

Por último, para ejercitar las acciones descritas será necesaria la asistencia de un/a abogado/a y procurador/a, por ello, le hemos informado de la Asistencia Jurídica Gratuita y el Turno de Oficio.

Así mismo, a modo de conclusión, no queremos dejar de mencionar que concretamente en Madrid la Dirección General de Salud Pública, en 2019 acogió la constitución del Grupo de Trabajo de Prevención del Estigma Social de VIH de la Comunidad de Madrid, que tiene como objetivo desarrollar medidas que reduzcan las actitudes o creencias negativas sobre las personas seropositivas. Por lo que, además de la normativa en materia sanitaria y de consumo, la Comunidad de Madrid está comprometida a reducir las actitudes discriminatorias hacia las personas que viven con VIH.

Y en relación con el VIH a nivel nacional existe el Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH, de noviembre de 2018 (Plan Nacional sobre el SIDA Dirección General de Salud pública, calidad e innovación ministerio de sanidad, consumo y bienestar social). El objetivo general de este Pacto Social es eliminar el estigma y la discriminación asociados al VIH y al Sida, garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, la no discriminación y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas afectadas. Para el logro de este objetivo general, el Pacto Social abarca todos los ámbitos de la vida, tanto públicos como privados, a través de la promoción de políticas, estrategias y líneas de actuación y se desarrolla a través de los siguientes objetivos específicos: favorecer la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con el VIH, trabajar en favor de la aceptación social, reducir el impacto del estigma en las personas con el VIH y generar conocimiento que oriente las políticas y acciones frente a la discriminación.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad y no dude en volver a ponerse en contacto con nosotros si tiene cualquier duda de lo explicado en esta consulta o tiene cualquier otra cuestión,

Clínica Legal de la UAH.

Por último, entre las consultas cabe destacar un caso de discriminación por asociación, que ese tipo de discriminación que se produce cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de su condición serológica respecto del VIH.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. El usuario es una persona que ha sido excluida cuando se iba a hacer donante de médula en un hospital público de Madrid, debido a que convive con una persona que tiene VIH. El usuario es quien proporciona esta información, ya que se lo solicitan en el formulario que debe rellenar obligatoriamente. Además, le dijeron que no debería compartir toallas y otras cosas comunes en el piso. Ante estos hechos nos pregunta si esta exclusión y el trato recibido han sido discriminatorios.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Unión Europea. Directiva 2006/17/CE de la Comisión de 8 de febrero de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

Anexo I. Criterios de selección de donantes de células o tejidos, con excepción de los donantes de células reproductoras, mencionados en el artículo 3, letra a).

2.2. Donación alógena.

- . Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

Artículo 5.1.c). Principio de minimización de datos.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales.

- . Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Artículo 14. Principio de igualdad.

Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 106.2. Derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública.

Artículo 119. Derecho a la tutela judicial efectiva y el beneficio de la justicia gratuita.

- . España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

Artículo 9. Categorías especiales de datos.

- . España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 1996, núm. 11.

- . España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, núm. 167.

Artículos 31 y 32. Reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica.

Título V. Procedimientos especiales

Capítulo I. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

- . España. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 2 de octubre de 2015, núm. 236.

Artículo 32 y siguientes. Principios de la responsabilidad de la Administración Pública.

- . España. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2018, núm. 161.

- . España- Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Anexo II. Requerimientos clínicos para la evaluación de los donantes de células y tejidos.

2.2. Donante vivo alógeno.

Anexo III. Tests de laboratorio requeridos en la evaluación de los donantes (excepto los donantes de células reproductoras).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . Unión Europea. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (Gran Sala) Caso S. Coleman contra Attridge Law. Sentencia de 17 julio 2008.

Hechos del caso: La trabajadora S. Coleman prestaba servicios como secretaria en un bufete de abogados de Londres desde enero de 2001. En 2002 la demandante tuvo un hijo con discapacidad del cual es la cuidadora principal. El 4 de marzo de 2005 la trabajadora acepta dimitir por exceso de plantilla, pero el 30 de agosto del mismo año presenta una demanda por *constructive unfair dismissal* en la que alega que se había visto forzada a dimitir a causa de la conducta del empresario, pues había sido discriminada por motivos de discapacidad. Este supuesto trato discriminatorio se fundamenta en el hecho de que había sido víctima de un trato menos favorable que otros trabajadores que no tenían hijos con discapacidad y había sido sometida a un ambiente hostil por el hecho de tener un hijo con discapacidad. El Tribunal de Justicia considera que hay discriminación por asociación en el despido de la trabajadora.

- . España. Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad). Sentencia núm. 340/1993 de 10 de diciembre.

Hechos del caso: Cuestión de inconstitucionalidad del art. 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El examen de la cuestión exige determinar si existe diferencia de trato y comprobar si esta diferencia tiene alguna justificación razonable.

Ha sido de utilidad el **Fundamento Jurídico Cuarto**.

-. España. Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad). Sentencia núm. 96/2002 de 25 de abril.

Hechos del caso: Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja respecto de la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone un reembolso tributario estatal a residentes en la Unión Europea que operan en el País Vasco o Navarra. Principios de seguridad jurídica e interdicción en la arbitrariedad; vulneración de la igualdad tributaria, territorial y unidad de mercado. Nulidad del precepto.

Han sido de utilidad los **Fundamentos Jurídicos Séptimo y Octavo**.

-. España. Tribunal Supremo (recurso de casación). Recurso de casación 25/2007, de 12 de diciembre de 2007.

Hechos del caso: El Tribunal Supremo establece el concepto de daños morales y los requisitos para obtener una indemnización por los mismos. En este caso, el Tribunal Supremo desestima los daños morales por falta de acreditación y determinación.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Noveno.

-. España. Audiencia Nacional. (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3ª). Rec. 696/2009 de 10 de abril de 2013.

Hechos del caso: Se considera improcedente la indemnización solicitada por un extranjero por los daños y perjuicios derivados de la actuación policial que consideraba humillante.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Cuarto.

-. España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social), sentencia de 2 de agosto de 2017.

Hechos del caso: El Tribunal Superior de Justicia de Galicia considera que hay discriminación por asociación en el despido de un trabajador por una decisión legal que tomó una mesa electoral de la que era miembro.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Segundo.

-. España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 86/2006 de 8 febrero.

Hechos del caso: se interpone demanda de reclamación de daños materiales y morales a consecuencia de la realización de obras. Se alega falta de prueba respecto de los daños morales, estimado este argumento la Audiencia Provincial por la dificultad que conlleva la prueba de estos daños.

Ha sido utilizado el Fundamento Jurídico Cuarto.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. Plan Nacional de donación de médula ósea. Ministerio de sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Sumario ejecutivo, publicado en noviembre de 2012.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. BARRANCO, M., RAMIRO, M., *Informe sobre discriminación en aplicación de protocolos hospitalarios internos por razón de VIH*. Publicado el 22 de diciembre de 2006.

-. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en *La responsabilidad patrimonial del Estado (I)*, publicado en noviembre 2002.

-. CESIDA. GTT-VIH. *VIH, discriminación y derechos. Guía para personas que viven con el VIH*. Publicado en Barcelona en octubre de 2015.

-. CORDERO GORDILLO, V., *Discriminación por asociación con una persona con discapacidad*, Revista de Derecho Social núm. 43, 2008.

-. Dictamen núm. 2084/2008 de 22 enero del Consejo de Estado.

-. Infosida.nih.gov. *Visión general de la infección por VIH, pruebas de detección del VIH*. Publicado el 26 de septiembre de 2016.

-. RAMIRO, M., RAMÍREZ, P., *La discriminación por razón de VIH. Los casos de la clínica legal de la Universidad de Alcalá en 2016*, Universidad de Alcalá.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario, le queremos agradecer la confianza depositada en la Clínica Legal, ya que esto nos permite desarrollar habilidades profesionales basadas en el estudio de un caso real.

La respuesta a su consulta la hemos dividido en los apartados que aparecen en el índice. En primer lugar, analizaremos la legalidad de la exclusión de las personas que conviven con una persona con VIH de ser donante de médula. Posteriormente, se explicarán las medidas legales que puede adoptar ante esta situación. En este sentido, se estudiará la normativa aplicable al caso y algunos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto. Por último, se expondrá el servicio del Turno de Oficio y el derecho a la Asistencia jurídica gratuita por si pudiera ser beneficiario de la misma.

ÍNDICE

1. Discriminación por asociación
2. Vías de reclamación
 - 2.1. Reclamación ante Servicio de Atención al Paciente del Hospital San Carlos de Madrid
 - 2.2. Reclamación en vía administrativa
 - 2.3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden contencioso-administrativo
3. Asistencia jurídica gratuita y turno de oficio
4. Conclusiones

1. Discriminación por asociación

En primer lugar, es muy importante que sepa que la normativa donde se regulan los requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, no contempla la convivencia con una persona con VIH como una causa de exclusión para donar médula ósea [Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos y el Real Decreto-ley 9/2014,

de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (en adelante, RDL 9/2014)].

En este sentido, el Anexo II del RDL 9/2014 establece los requerimientos clínicos para la evaluación de los donantes de células y tejidos, indicando que:

*“El donante se seleccionará sobre la base del conocimiento de su historia clínica y la entrevista personal realizada por el profesional médico responsable. **Esta evaluación incluirá aquellos puntos que resulten relevantes en la identificación y selección de posibles donantes cuya donación pudiera representar un riesgo para la salud de terceros, como la posibilidad de la transmisión de enfermedades, o para su propia salud.** [...]”*

*Los criterios de selección de donantes vivos de tejidos o células para uso alógeno se establecerán y documentarán en el establecimiento de tejidos que los vaya a recibir, o en la unidad de trasplante, cuando se trate de una referencia directa de las células o tejidos del centro de obtención al de implante. **Estos criterios incluirán los específicos de cada tejido o grupo celular más los que hagan referencia al estado general del donante, su historia clínica y de hábitos sociales, y los resultados de los tests de exploración clínica y de laboratorio designados para verificar el estado de salud del donante.** [...]”.*

En este sentido, en el Anexo III del mismo cuerpo normativo, se establecen los tests de laboratorio requeridos para todos los donantes: VIH, Hepatitis B, Hepatitis C y Sífilis. Además, los tests de anticuerpos Anti HTLV I y II se deberán realizar en aquellos donantes que viven o que vienen de zonas con una elevada incidencia de la enfermedad. También se realizarán en los donantes que sean parejas sexuales o hijos de personas que viven o vienen de zonas con elevada incidencia de la enfermedad.

No obstante, a pesar de que la normativa no establezca la convivencia con una persona con VIH como una causa de exclusión permanente, desde el Ministerio de

Sanidad se han establecido una serie de contraindicaciones que no permiten ser donante de médula, entre otras, destacan:

1. Infección por virus de la hepatitis B o C, virus de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) o por otros agentes potencialmente contagiosos.
2. Algún factor de riesgo de SIDA (anticuerpos anti-VIH positivos, drogadicción por vía intravenosa, relaciones sexuales múltiples, ser pareja de uno de los anteriores, ser hemofílico o pareja sexual de hemofílico, lesiones con material contaminado en el último año).

Entendemos que el dato que solicita el Hospital San Carlos de Madrid, así como las casusas de exclusión que establece el Ministerio de Sanidad a los posibles donantes, excede de los datos que la ley entiende que son pertinentes para comprobar la idoneidad de los donantes, pues en cualquier caso se deben realizar las pruebas de VIH al donante, además de que vivir con una persona con VIH no supone ningún riesgo de transmisión, pues las vías de transmisión están definidas con claridad. El VIH no se transmite por la saliva, compartir toallas, cubertería, espacios de la casa, un beso o un abrazo.

Además, es importante destacar que las personas que tienen su infección controlada por el tratamiento antirretroviral (carga viral indetectable) no transmiten el VIH a terceros, pues hay una tasa de reducción del 100% en el riesgo de transmisión del virus, así lo ha demostrado el estudio Partner 2.

Por ello, el respeto a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1.c), relativo al principio de minimización de datos, del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), exige que el tratamiento de los datos se limite a lo estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por el responsable del tratamiento de esos datos.

En este sentido, la solicitud de cualquier otra información relativa a esta cuestión sería contraria a lo dispuesto tanto en el RGPD como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y consecuentemente supondría una violación de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución Española (en adelante, CE), el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos personales.

De lo expuesto se puede deducir que haberle negado la posibilidad de ser donante de médula puede ser constitutiva de una discriminación. Una persona es discriminada cuando recibe un trato diferenciado injustificado al que recibe el resto de las personas por pertenecer a un grupo particular. A continuación, analizaremos la legalidad de esta limitación.

El artículo 14 de la CE recoge el principio de igualdad: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio se vulnera cuando se discrimina: la discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, que no está justificada, que no es razonable desde un punto de vista jurídico.

La CE no prohíbe el trato diferenciado siempre que su objetivo sea una causa lícita, proporcional y justificada. En el presente caso, nos encontraríamos ante una discriminación prohibida por el principio de igualdad anteriormente citado pues se cumplen los siguientes requisitos:

- Que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente entre dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos. En este caso, el trato diferenciado consistiría en la negativa a hacerle donante de médula por el hecho de convivir con una persona con VIH.
- Que la distinción no persigue una finalidad legítima, es decir, no tiene una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta el objeto y efectos de la medida examinada. Como ya hemos dicho, la normativa no prevé como supuesto de exclusión para ser donante de médula la convivencia con una persona seropositiva.
- Que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido.

Según la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que aparece en la sentencia núm. 340/1993, de 10 de diciembre en su Fundamento Jurídico Cuarto, el principio de no discriminación implica *“no sólo 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 por el legislador”*.

Por lo que para permitir el trato dispar de situaciones equiparables se exige la concurrencia de una doble garantía:

a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; así mismo, a pesar de que la medida pueda considerarse razonable si atenemos al fin que persigue, esta puede no ser proporcional si podemos emplear medidas menos lesivas para ello, como realizar la prueba del VIH, requisito sí exigido por la Ley, y atender a los avances científicos y las causas de transmisión de la enfermedad.

b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 96/2002 de 25 de abril, FJ 7).

Desde la Clínica Legal consideramos que esta negativa supone una discriminación para aquellas personas que conviven o mantienen una relación de afectividad con una persona que tiene VIH.

En relación con lo anterior se debe considerar que la medida utilizada por el Hospital y por el Ministerio de Sanidad no está justificada, dado que para conseguir la protección del interés general que persigue, esto es, la salud pública, debe utilizar medios menos lesivos que rechazar directamente a una persona por el mero hecho de convivir o mantener una relación afectiva con otra que tenga VIH, tales medios deben ser el análisis de la sangre que marca la normativa vigente como hemos indicado al comienzo de la presente consulta.

Por ello, según los hechos que nos relata, entendemos que ha sido discriminada por cuanto no le permitieron ser donante de médula ósea por convivir con una persona con VIH.

En este punto es necesario señalar los diferentes tipos de discriminación existentes. La discriminación directa se produce cuando se tiene en cuenta una determinada condición no relevante desde el punto de vista normativo para realizar un trato diferenciado, mientras que la discriminación indirecta se produce cuando por las consecuencias y efectos de una norma que es aparentemente neutra no se tiene en cuenta una determinada condición relevante desde el punto de vista normativo para dispensar un trato diferenciado.

A estos tipos de discriminación es necesario añadir el supuesto de la discriminación por asociación, es decir, la situación de discriminación que experimenta una persona, no porque posee una característica determinada, como un origen étnico, una religión, una discapacidad o una orientación sexual, sino por motivo de su relación con una persona que sí posee dicha característica (STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06).

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 2 de agosto de 2017, Fundamento Jurídico Segundo, establece que:

“La discriminación por asociación o por vinculación, esto es, la tipología de discriminación refleja o por interposición que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable, pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido, fue definida por primera vez por la STJUE de 17 de julio de 2008 C-303/06 (Asunto Coleman) en relación con la discapacidad y se ha recogido por nuestro legislador en el art.2 e) del RD Ley 1/2013 (Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad)”.

Por todo ello, entendemos que el trato que usted recibió por parte del Hospital San Carlos de Madrid encaja en el supuesto de discriminación por asociación, pudiendo ejercitar las acciones que se explicarán a continuación.

2. Vías de reclamación

2.1. Reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital San Carlos de Madrid

La Consejería de Sanidad pone a su disposición una vía de comunicación para que pueda poner en conocimiento de la Administración Sanitaria las deficiencias, retrasos

o anomalías que perciba en la prestación de sus servicios sanitarios. Debe tener en cuenta que las reclamaciones y sugerencias formuladas por este medio no tienen la consideración de recurso administrativo, este tipo de recurso lo explicaremos en el apartado siguiente.

Las sugerencias y reclamaciones deberán ser formuladas por escrito, y contendrán los datos suficientes para identificar al reclamante, así como la información que permita la gestión adecuada del asunto planteado.

Puede acceder al formulario online del Hospital Clínico San Carlos en este enlace:

<https://servicioselectronicos.sanidadmadrid.org/CESTRACK/formulario.aspx?ID=17>

Esta reclamación se tramita online y en ella puede utilizar la argumentación que le exponemos en el primer apartado de esta consulta, indicando el trato discriminatorio recibido y, en especial, los comentarios que hacían referencia a la forma de transmisión del VIH, que no pueden estar más alejados de la realidad.

2.2. Reclamación en vía administrativa

Por otro lado, los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se cumplan los demás requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Así lo establece el artículo 106.2 de la Constitución y los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

En este caso, la reclamación no se interpone contra el servicio de atención al paciente, sino contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, debido a que, aunque es el Hospital el que ha causado el perjuicio, está administrado por el Servicio Madrileño de Salud, dependiente de la Consejería de Sanidad. Es importante destacar que es necesario iniciar este procedimiento en vía administrativa antes de acudir a los Tribunales.

Es un procedimiento administrativo donde se reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados. Además, hay que tener en cuenta el plazo para reclamar ya que este derecho prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización.

Para que una persona sea indemnizada se debe declarar la responsabilidad patrimonial de la administración y cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

En relación con la efectividad del daño, tal y como prevén los artículos 106.2 de la CE y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se entienden como daños resarcibles *“toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, y en todo caso, el particular no tenga el deber jurídico de soportar”*.

Así mismo, es necesario que el daño esté individualizado, esto es, con relación a una persona o grupo de personas. La lesión efectiva de los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación de indemnizar a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa que lo justifique.

Requisito este que concurre en el caso que nos ocupa, ya que, como consecuencia de la negativa del Hospital y el trato recibido en el mismo, se le ha ocasionado unos daños morales que resultan de la diferencia de trato injustificado que ha recibido por convivir con una persona con VIH.

Por otro lado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Para que se pueda hablar de relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso es necesario que dicha relación sea además de directa.

Es muy importante demostrar que existe una relación directa entre el funcionamiento de la Administración pública y el daño que se reclama, es decir, el daño producido. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Consejo de Estado

pudiendo destacarse el Dictamen núm. 2084/2008, de 22 enero, del Consejo de Estado que recoge la doctrina del Tribunal Supremo:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo referente al nexo causal ha sido expuesta en las Sentencias de 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8420) y 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9967):

“[...] a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos [...]. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.”

El nexo de causalidad entre la actuación de la Administración Pública y el daño que se ha producido debe quedar, por tanto, suficientemente acreditado, y en el caso de que el propio perjudicado haya contribuido al daño producido, hecho que aquí no ha ocurrido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento de la Administración, esta quedaría exonerada de la responsabilidad.

Este requisito, a nuestro entender, concurre en el presente caso puesto que las medidas empleadas por el Hospital fueron las que ocasionaron el daño moral.

La Audiencia Provincial de Barcelona define, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como *“el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica... La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”*.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 establece:

“Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad; daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral [...] Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización, estableció que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».”

Una vez definido lo que es daño moral, para solicitar la indemnización es necesaria la cuantificación de este. El daño, por tanto, ha de ser evaluable económicamente. El Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en *La responsabilidad patrimonial del Estado (I)*, publicado en noviembre 2002, expone una serie de criterios para intentar fijar la indemnización por daños morales:

“Respecto de los derechos personalísimos y corporativos, la ausencia en ellos de un contenido económico obliga a los Tribunales a fijar la cuantía indemnizatoria de modo discrecional, procurando ofrecer una justa compensación. Para ello se atiende a las circunstancias personales que se dan en la víctima del daño (de edad, de estado, etc.), al carácter de los daños (gravedad, pérdida de facultades que comporta, incidencia en la vida de relación de la víctima) y la duración (temporal o permanente) de las consecuencias lesivas (STS de 20 de enero de 1998; STS de 27 de enero de 1988).

Puede ocurrir que la cuantía solicitada por el reclamante en concepto de indemnización responda a lo que él mismo considera que restablecerá su patrimonio espiritual lesionado.

El daño moral y el trastorno emocional que el hecho ha provocado en los reclamantes. La inevaluabilidad económica conduce a aplicar (de modo orientativo) el baremo que, adaptado a las circunstancias de cada caso, establece la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”.

En igual sentido, la sentencia de 10 de abril de 2013 de la Audiencia Nacional expone la doctrina jurisprudencial recaída sobre esta cuestión:

“Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, para ser indemnizable el daño ha de ser real y efectivo, no traducirse en meras especulaciones,[...] incidiendo sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una persona, como consecuencia del daño producido por la actividad de la administración en relación de causa a efecto, probando el perjudicado la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar [...]”.

Para reclamar la indemnización por el daño causado existen dos vías: por un lado, la vía administrativa donde se reclama directamente ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y, por otro lado, la vía judicial donde se reclaman directamente ante los juzgados.

En cuanto a la vía administrativa, se inicia con un escrito dirigido a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en el que se exponen los hechos y se solicita una indemnización (hay que cuantificar el daño). Aunque no es necesaria la intervención de abogado/a ni procurador/a es muy recomendable asesoramiento legal, ya que resulta complicado. Si no ha obtenido contestación a su reclamación en un plazo de 6 meses se considera desestimada, en este caso puede acudir a los Tribunales iniciando un procedimiento contencioso-administrativo que terminará con sentencia, siendo necesaria la intervención de un/a abogado/a y de un/a procurador/a.

Por otro lado, en relación con la vía judicial, si la reclamación es rechazada o si la cuantía que propone la consejería no la considera adecuada, se puede presentar un

recurso contencioso-administrativo ante el órgano judicial competente. En este caso, también es necesaria la intervención de un/a abogado/a y de un/a procurador/a.

2.3. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden contencioso-administrativo

Los derechos fundamentales y las libertades públicas tienen una doble vía de protección: primero, mediante el procedimiento explicado en el apartado anterior, y después, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, cuyos plazos son más breves [artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)]. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente, además podrá iniciar este procedimiento sin iniciar el procedimiento en vía administrativa.

En este procedimiento se pueden hacer valer, entre otras pretensiones, la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de actos y disposiciones susceptibles de impugnación, como puede ser el protocolo que niega la donación de médula a quien convive con una persona con VIH; así como, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, como es el reconocimiento de esa discriminación injustificada para ser donante de médula (artículos 31 y 32 de la LJCA).

Para iniciar este procedimiento, le remitimos la consulta con un/a abogado/a, que le podrá indicar con mayor precisión la mejor estrategia a seguir, pues el plazo para interponer este tipo de recursos es muy breve y esta puede no ser la vía más adecuada para su situación (artículo 115.1 de la LJCA).

3. Asistencia jurídica gratuita y Turno de Oficio

Para ejercitar las reclamaciones en vía judicial explicadas anteriormente, va a necesitar la asistencia de un/a abogado/a. Por esta razón queremos informarle de la asistencia jurídica gratuita y del Turno de Oficio.

A menudo se suele confundir el Turno de Oficio con la Asistencia Jurídica Gratuita, sin embargo, hay diferencias entre uno y otro servicio.

En cuanto a la Asistencia Jurídica Gratuita, la Constitución Española establece en su artículo 119 el derecho a la tutela judicial efectiva y el beneficio de la justicia gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Este mandato constitucional se desarrolla en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que se regulan los requisitos y procedimiento para obtenerla.

La Asistencia Jurídica Gratuita es un servicio prestado por la Administración a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El objeto es satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, permitiéndole al beneficiario enfrentarse al proceso con las garantías de igualdad de partes e independencia, sin que ello se pueda ver afectado por la situación económica.

El letrado (y otros profesionales si fueran necesarios), es designado por el correspondiente Colegio entre aquellos que forman parte del Turno de Oficio (o por el solicitante dentro de los del Turno), asumiendo la Administración el pago de los honorarios. En su caso debería acudir al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Por otro lado, el Turno de Oficio es un servicio que ofrecen los Colegios formado por unas listas de abogados a los que se les asignan asuntos de particulares a través del reparto del Colegio.

Muchas de estas asignaciones son para prestar la Asistencia Jurídica Gratuita, pero no todas. A este servicio suelen recurrir personas que no conocen ningún abogado y tienen que enfrentarse a algún asunto. Por ello, acuden al Colegio de Abogados para que le designen un abogado de oficio, sin que quien lo pide sea beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Es preciso indicar que los abogados de oficio no son funcionarios ni miembros de la Administración de Justicia. Son abogados privados que, voluntariamente, se apuntan a las listas de los Colegios para ofrecer este servicio en diferentes ámbitos de la jurisdicción.

Cualquier persona que necesite un abogado del Turno de Oficio puede acudir al Colegio de Abogados, en su caso sería el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

En conclusión, la asistencia por un abogado del Turno de Oficio no es un reconocimiento de ser beneficiario Asistencia Jurídica Gratuita, si únicamente es un abogado del Turno de Oficio, a este le deberá abonar la minuta. Por el contrario, si es un abogado del Turno y el solicitante es beneficiario de la Asistencia Jurídica Gratuita, el pago de los honorarios del letrado lo hará la Administración.

Tendrá derecho a Asistencia Jurídica Gratuita si sus ingresos brutos anuales por cualquier concepto (trabajo, rentas, pensiones, desempleo, intereses...) no superan la cantidad de 12.780,00 si la unidad familiar está integrada por una persona, 15.975,33 euros si está integrado en una unidad familiar con dos o tres miembros, 19.170,39 euros si está integrado en una unidad familiar con cuatro miembros y 31.950,65 si está integrado en una unidad familiar con circunstancias especiales.

Para tramitar su solicitud deberá aportar toda la documentación que a continuación se indica:

- Solicitud cumplimentada hasta la casilla donde pone "teléfono" incluida esta y firmada en los lugares marcados con cruces. Si está casado/a o tiene pareja de hecho con la que conviva, su pareja deberá firmar también la última hoja de la solicitud, salvo que se trate de procedimientos que se dirijan contra la misma o que hayan sido iniciados por ella.

- Fotocopia de todos sus Libros de Familia por todas las caras que estén escritas, en caso de que no disponga de alguno de sus Libros de Familia puede aportar un duplicado del mismo que podrá solicitar en el Registro Civil.

- Si trabaja deberá aportar fotocopia de las seis últimas nóminas.

- Si es autónomo deberá aportar las dos últimas Declaraciones de la Renta y las dos últimas Declaraciones Trimestrales de IRPF. Modelo 130.

- Si percibe una pensión no contributiva deberá aportar un certificado del organismo que le pague la pensión en el que se refleje la cuantía de la misma.

- Si está divorciado o separado, fotocopia de la sentencia de separación o divorcio, así como el convenio regulador. Si se ha divorciado o separado en más de una ocasión debe traer todas las sentencias y convenios que tenga.

- Resolución que agota la vía administrativa previa en el caso que haya interpuesto la reclamación ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid previa a la judicial.

Para solicitar la Asistencia Jurídica Gratuita deberá rellenar la solicitud del siguiente enlace:

<https://web.icam.es/bucket/iniciar%20proceso.pdf>

4. Conclusiones

En primer lugar, es muy importante que sepa que la normativa actual sobre la donación de médula no contempla la convivencia con una persona con VIH como una causa de exclusión para poder donar. Desde la Clínica Legal consideramos que esta negativa supone una discriminación, en concreto por asociación, para aquellas personas que conviven con una persona que tiene VIH.

Ante esta situación usted puede ejercitar diferentes acciones legales: reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Clínico San Carlos de Madrid, reclamación en vía administrativa y, por último, el proceso sumario de protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, queremos informarle de que podría tener derecho a la asistencia jurídica gratuita para ejercitar cualquiera de las acciones legales anteriores, ya que es precisa la intervención de un/a abogado/a y procurador/a.

Esperamos que esta información le haya sido de utilidad,

Clínica Legal de la UAH.

Podemos observar nuevamente en este informe los tres tipos de discriminación a los que se enfrentan las personas con VIH en España y que dificultan el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. En este sentido, merece una especial atención la situación detectada, y ya señalada en otros informes, sobre la contratación de seguros personales (vida y salud) por personas con VIH. La reforma legal realizada en 2018 no ha permitido a las personas con VIH poder disfrutar de su derecho a la no discriminación pues, entre otros motivos, los mecanismos extrajudiciales y los mecanismos judiciales no son operativos. Puede comprobarse en la siguiente gráfica de qué manera las personas con VIH, antes de la reforma legal, habían interiorizado su exclusión del mercado de seguros y cómo, después de ella, han comenzado a dirigirse a las compañías aseguradoras solicitando la contratación de seguros personales. El problema es que las compañías aseguradoras están sistemáticamente negando la contratación sin aportar las razones que justificarían un trato diferenciado permitido por la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980.



En esta consulta la usuaria no solo podría haber perdido una buena cantidad de dinero si se le deniega el seguro, sino que, aunque se hizo las pruebas y consiguió ser asegurada, como en el formulario contestó 'no' a la pregunta sobre VIH y no tiene resguardo de los resultados del reconocimiento, en caso de siniestro la aseguradora podrá luchar la liberación del pago de la prestación convenida.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

Esta consulta ha sido planteada por una persona que solicitó un préstamo con garantía hipotecaria. Por el momento ha firmado la solicitud del préstamo, pagado al vendedor 25.000 € y se ha comprometido a pagar un seguro de vida durante cinco años por un importe total de 7625 €. La formalización de la venta se realizará en la notaría en unos días, pero la aseguradora se ha puesto en contacto para que de manera previa se haga una revisión y un análisis de sangre que contiene una prueba de VIH. Actualmente, su situación clínica es la siguiente: VIH positivo desde 2014; carga viral indetectable, CD4 normales (40%-560), toma de una pastilla de Dovato al día y última revisión en marzo 2020. Entiende que la legislación protege en cuanto a la concesión del seguro, pero teme que la prima impuesta sea muy onerosa y no pagarla lleve a perder los 25.000€ que ha entregado al vendedor. También se pregunta si debe llevar sus pastillas y el último informe médico.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- .- Constitución de 1978
- .- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- .- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- .- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- .- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- .- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero
- .- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- .- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- .- Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de enero de 2017
- Sentencia la Audiencia Provincial de Almería de 17 de octubre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 25 de octubre de 2018

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- "La contratación de seguros no obligatorios por parte de personas con el VIH"
http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VIHySeguros.pdf

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Una vez analizada su consulta, vamos a explicar todos los puntos que a nuestro juicio resultan relevantes en este caso, para que usted pueda tener una visión general sobre el problema planteado y pueda valorarlo.

Sobre la obligación de conocer el estado de salud del potencial asegurado

En primer lugar, debe saber que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro -LCS-, el tomador del seguro - la persona que contrata el seguro, usted- deberá declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias conocidas que influyan en la valoración del riesgo y por las que se pregunte en el formulario de salud. Pese a que este artículo es muy complejo, haciendo uso de la jurisprudencia interpretativa del mismo, podemos resumir las obligaciones en él contenidas de la siguiente manera:

- 1- En relación con el formulario de salud:

- a. Debe ser presentado por la compañía aseguradora de manera previa a la realización del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993).
- b. Si la compañía considera que los datos consignados en el formulario de salud no son suficientes para evaluar el riesgo debe tomar las precauciones necesarias para una correcta evaluación de éste. Esto incluye la petición de la historia clínica, de informes médicos adicionales o realizar pruebas médicas al potencial asegurado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2003 y más recientemente Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 25 de octubre de 2018)**
- c. Es válido tanto un formulario rellenado por el tomador, como uno rellenado por el empleado de la aseguradora/entidad bancaria con su firma, como uno realizado de manera telefónica. Lo importante es que el interesado haya contestado a las preguntas (a favor del tomador: Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1997; en contra del tomador: Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2014)
- d. Las preguntas del formulario no deben ser tan amplias como para reducir todo el historial médico a una pregunta ni tan detalladas que se focalicen hasta en el más mínimo detalle (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2002) → Actualmente, la mayoría de las compañías incluyen en sus formularios una pregunta relativa a haberse realizado una prueba de VIH y su resultado. No obstante, la presencia del VIH puede inferirse de otras preguntas típicas tales como: ¿tiene alguna enfermedad crónica?; ¿toma alguna medicación?

2- En relación con la buena fe:

A - Incumbe al tomador el deber de declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que delimitan el riesgo, como sucede con el estado de salud, cuya decisiva influencia es evidente, y por las que se pregunte en el formulario de salud (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de Junio de 2007 en su FJ.2 “incumbe al contratante del seguro el deber de

declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que delimitan el riesgo, como sucede con el estado de salud , cuya decisiva influencia es evidente en cuanto se refiere a la concertación del seguro de vida”)

B – La obligación de declarar se circunscribe a todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, puesto que evidentemente no se puede declarar sobre algo que no se conoce.

C - La ley sanciona la omisión voluntaria de una enfermedad que se padece en cuanto el conocimiento de esta pueda trascender a las condiciones contractuales o a la propia celebración del contrato (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007)

D- La exoneración al asegurador del pago de la prestación pactada solo tiene lugar en los casos de culpa grave o dolo del tomador del seguro al haberse abstenido de manifestar circunstancias por él conocidas y que afectaban decisivamente a la valoración del riesgo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007)

E - El fraude al seguro puede ser considerado como un delito de estafa y lleva aparejado una pena de privación de libertad que va desde los 6 meses a los 3 años. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de enero de 2017)

Es decir, el asegurador tiene las siguientes obligaciones: presentar el formulario de salud de manera previa a la contratación del seguro; efectuar en él las preguntas oportunas; dar la posibilidad de contestar a las mismas; y en caso de no poder evaluar correctamente el riesgo únicamente con él pedir los informes médicos necesarios. Por su parte, el tomador -usted- tiene la obligación de contestar a las preguntas haciendo honor a la buena fe, so pena de no ser cubierto en caso de siniestro e incluso incurrir en un delito de estafa. La razón detrás de la concesión de semejante importancia a este documento es que éste sustituirá en la mayoría de los casos al reconocimiento médico y es la única manera que la aseguradora tiene para determinar el riesgo. Sobre esto también se pronuncian las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y 8 de noviembre de 2018.

Por lo tanto, desconocemos si se sometió a un cuestionario previo a la petición de las pruebas médicas, generalmente, como hemos desarrollado, éste precede a esa solicitud, pero existen ocasiones donde, por ejemplo, factores como la cuantía del

préstamo con garantía hipotecaria o la edad del potencial asegurado aconsejan seguir otros procedimientos. En cualquier caso, cuando se requirió la realización de estas pruebas la compañía estaba obrando conforme a lo dispuesto en el artículo 10 LCS, esto es, cerciorándose de tener una imagen fiel del estado de salud del potencial asegurado para poder ofertar una prima ajustada al riesgo real. También hubiese sido conforme a la legalidad vigente requerir la presentación de informes médicos, pero, como ya informamos de manera preliminar, no existe obligación de aportar esta documentación sin petición previa por parte de la compañía.

Sobre la vinculación entre seguros de vida y préstamos con garantía hipotecaria

En segundo lugar, informamos de que actualmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha abierto la posibilidad de que las compañías aseguradoras vinculen la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria a un seguro de vida para la garantía del cumplimiento de las obligaciones del primero, de tal manera que si no se concede este último no se procederá a la oferta del primero. No obstante, esta posibilidad queda limitada por los artículos 14.1.f) y 17.3 del mismo texto que imponen que si se produce tal vinculación, los prestamistas (generalmente entidades bancarias) están obligados a aceptar pólizas alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y un nivel de prestaciones equivalentes a la que aquel hubiera propuesto. Por lo tanto, si fuese rechazado en la contratación o la prima fuese muy elevada una alternativa sería pedir a la entidad bancaria un detalle de las condiciones y el nivel de prestaciones del seguro de vida que ellos ofrecen para poder valorar su contratación en otras compañías en caso de que el acceso al producto que ellos presentan sea denegado. Tenga en cuenta que pueden existir divergencias muy notables entre compañías en torno a cómo manejar una determinada condición de salud a efectos de acceso a sus productos.

Sobre la denegación de la contratación o la imposición de condiciones más onerosas por razón de VIH

En tercer lugar, si se encontrase en la situación de que todas o algunas de las compañías deniegan la contratación o imponen condiciones más onerosas (por ejemplo, una prima mayor) debe conocer que la disposición adicional quinta LCS establece que estas acciones solo podrán llevarse a cabo por razón de VIH si existen causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. La aportación de estas causas es crucial porque nos va a permitir

trazar la línea entre una diferenciación conforme al ordenamiento jurídico y una discriminación contraría a éste. En caso de que la compañía o compañías no hayan aportado estas causas debe saber que existen procedimientos extrajudiciales y judiciales para reclamar.

Procedimientos para la obtención de las causas previstas en la disposición adicional quinta LCS

Por una parte, el procedimiento extrajudicial comienza habitualmente con la presentación de una reclamación al Servicio de Atención al Cliente/Defensor del Cliente de la compañía aseguradora. Este servicio viene regulado en el artículo 97 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. Como ya ha presentado una reclamación y las compañías pueden tener varios canales para este propósito, debe verificar si la que usted presentó tiene los efectos para que en caso de obtener respuesta negativa o no obtener respuesta en el plazo de un mes -se discute si deben ser dos- pueda acudir a presentar una reclamación ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones siguiendo las directrices del artículo 30 de la Ley 44/2002 y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Si realizó la reclamación por escrito mediante un formulario, es posible que en el documento informen de los efectos de ésta.

De maneja añadida, también dentro de las medidas extrajudiciales, podría considerar la opción de acudir al Defensor del Pueblo estatal o si lo prefiere y en su Comunidad Autónoma existe, al Defensor del Pueblo autonómico. La presentación de una queja ante esta institución es gratuita, se puede realizar sin la intermediación de abogado o procurador y puede llevar a que se sugiera o recomiende a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que haga determinadas acciones encaminadas a esclarecer o solventar la situación que usted denuncia. Debe saber que esta institución lleva trabajando en el acceso a los seguros de personas con condiciones de salud preexistentes desde el año 1999, línea que se inició gracias a la queja de una interesada, y que la Disposición Adicional Quinta que antes explicábamos surgió

de una queja planteada al Defensor del Pueblo Navarro por individuales y asociaciones que trabajan en el campo del VIH. El enlace de reclamaciones al Defensor del Pueblo estatal es el siguiente: <https://www.defensordelpueblo.es/tu-queja/01-description/>

Por otra parte, el procedimiento judicial se canaliza habitualmente mediante la presentación de una demanda ante el orden jurisdiccional civil, cuyo proceso viene regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este proceso podría esgrimirse que existe una responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora por ruptura injustificada de los tratos preliminares al no venir la denegación avalada por las causas previstas en la Disposición Adicional 5ª LCS. Esta actuación es contraria a la buena fe prevista en el artículo 7 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil y de esta actuación se genera la obligación de reparar el daño producido, pudiendo pedirse como reparación la obligación de ser aceptado en el contrato de seguro. Además, si se alegase la implicación del artículo 14 de la Constitución que es el precepto que recoge el derecho a la igualdad y la no discriminación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría pensarse en un juicio ordinario preferente y sumario que es teóricamente más rápido. No obstante, para valorar la iniciación de este proceso debe conocer que la resolución de este proceso podría acoger todas sus pretensiones, pero también podría generar una condena en costas -incluido el pago del abogado y procurador de la otra parte- en caso de que sus pretensiones no fuesen acogidas.

De manera añadida, debe saber que existe un tipo en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al que podría acudir en caso de que no se encontrasen “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente” para la denegación del seguro de asistencia sanitaria. Este es el recogido en el artículo 512 del Código Penal y castiga con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años a aquellos que en el ejercicio de sus actividades empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de enfermedad – un ejemplo de este procedimiento lo puede encontrar en la Sentencia la Audiencia Provincial de Almería de 17 de octubre de 2017-. Este proceso viene regido por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cualquier caso, debe tener en cuenta que es altamente probable que usted también

necesite asistencia letrada en los procedimientos judiciales, por lo que aconsejamos que, si no dispone de los recursos necesarios para costearlos, acuda al colegio de abogados más cercano a su domicilio pues ellos podrán informar en materia de asistencia jurídica gratuita.

Esquema del proceso (de extrajudicial a judicial):

NOTA: Para el proceso extrajudicial aconsejamos pedir información sobre plazos en el orden civil y penal.

1º Acudir al departamento de atención al cliente o defensor del cliente (art.29 Ley 44/2002, art.97 Ley 20/2015 y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras)

En caso de no obtener respuesta satisfactoria en uno o dos meses →

2º Acudir a la DGSFP (art.30 Ley 44/2002 y Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones)

En caso de no obtener respuesta satisfactoria con el 2º→

3º Acudir al Defensor del Pueblo. Las posibilidades de actuación de esta Institución respecto a las empresas privadas son muy limitadas, pero podría optar por pedir que se recomiende o sugiera a la DGSFP, esta si incardinada dentro de la administración pública, que estudie la cuestión planteada.

En caso de no obtener respuesta satisfactoria con el 2º→

4º Proceso civil (DA 5ª LCS) (preferente y sumario: artículo 14 de la Constitución - igualdad y no discriminación- en conjunción con el artículo 249.1. 2º LEC) (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

O (en principio se constituyen como vías alternativas, en el proceso penal la condena puede incluir la responsabilidad civil, pero en el proceso civil no puede existir condena penal)

5º Proceso penal (art.512 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

En último lugar, no podemos informar sobre las repercusiones que tendría la denegación del seguro de vida respecto a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria o a la cantidad pagada al vendedor, pues no disponemos de la documentación necesaria.

Conclusiones

En conclusión, deriva del artículo 10 LCS la obligación de la compañía aseguradora de cerciorarse del estado de salud real del asegurado antes de la formalización de un seguro de vida, por lo que la petición de pruebas médicas e incluso de informes médicos es conforme a la legalidad vigente. En todo caso, debe saber que su obligación de acuerdo con este mismo artículo es hacer honor a la verdad y a la buena fe en lo requerido por la compañía, no siendo necesaria la presentación de informes o medicación sin petición previa. Es cierto, que la Ley 5/2019 ha abierto la puerta a la vinculación entre seguros de vida y préstamos con garantía hipotecaria, pero no es menos cierto que las entidades bancarias deben aceptar pólizas de compañías diferentes a la ofertada si tienen el mismo nivel de garantía. Por lo tanto, la denegación de la contratación del seguro de vida propuesto por el banco no tiene por qué significar el rechazo del préstamo, pudiendo usted pedir a la entidad bancaria un detalle de las condiciones que necesita cumplir su seguro de vida para poder encontrar cobertura equivalente en otra aseguradora. En cualquier caso, tanto si deniegan la contratación como si imponen condiciones más onerosas, la disposición adicional quinta LCS solo permite estas acciones si se aportan causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Si éstas no han sido aportadas podrá acudir a los procedimientos judiciales y extrajudiciales antes expuestos para obtenerlas y, con estas, determinar si la actuación de las compañías fue ajustada a derecho y las repercusiones que de esto se pueden derivar.

Esperamos que esta respuesta le sea de utilidad y si necesitase alguna aclaración no dude en contactar nuevamente con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

En esta otra consulta vemos la importancia de los seguros de salud privados para garantizar la protección de la salud recogida en el artículo 43 de nuestra Constitución

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Esta consulta ha sido planteada por una persona brasileña con nacionalidad alemana. Con el objetivo de cumplir los requisitos legales exigidos a los ciudadanos nacionales de países UE en España para obtener un derecho de residencia superior a 90 días contrató una póliza de seguro. Tras una primera denegación en la contratación de un seguro de enfermedad por su convivencia con el VIH (a pesar de ser asintomático y con carga viral detectable), decidió contratar un seguro con otra compañía sin informar de esta situación por temor a ser rechazado nuevamente. Actualmente teme que la aseguradora pueda cancelar su póliza si acude a un especialista en enfermedades infecciosas para sus exámenes anuales y nos pregunta sobre la posibilidad de recibir la medicación en España.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- . Europa. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Artículo 6.1 y considerando nº 47.
- . España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. Artículos: 14, 24 y 119.
- . España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos: 248, 249, 512.
- . España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Artículo 12.
- . España. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Artículos: 10 y disposición adicional quinta.

- . España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículos: 7 y 1902.
- . Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Artículos: 2, 3, 6, 12 y 13.
- . España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículos: 23 y 31.
- . España. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Artículos: 29 y 30.
- . España. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Artículos: 3, 3 bis, 3 ter.
- . España. Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Artículo: 6
- . España. Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Artículos 99 y 100.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- . STS 4001/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 28 de septiembre de 2015 (recurso 1871/2013), FJ 3.
- . SAP 1120/2019 (Sala de lo Civil, Sección 3ª) de 24 de septiembre de 2019 (recurso 79/2019), FJ 3

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

- .

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. RAMIRO AVILÉS, M.A.; BOLÍVAR OÑORO, M.V. (2016). “La contratación de seguros no obligatorios por personas con el VIH”. Disponible en: https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VIHySeguros.pdf.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, queremos agradecer que se haya puesto en contacto con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para plantearnos sus dudas. Con el fin de facilitar la lectura de **la consulta jurídica planteada la dividiremos en varios apartados:**

1. Denegación del contrato de seguro por VIH
2. Deber precontractual de declaración del riesgo
3. Tratamiento de datos de carácter personal
4. Derecho de residencia y asistencia sanitaria
5. Recibir tratamiento retroviral en España
6. Vías de solicitud de las causas de denegación
7. Conclusiones

1. Denegación del contrato de seguro por VIH

En primer lugar, nos queremos centrar en las posibles consecuencias legales derivadas de la denegación de acceso al seguro por razón de VIH y, si este acto puede ser o no un motivo de discriminación desde la perspectiva jurídica.

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 a través de su disposición final primera establecía una modificación en la Ley 50/1980, de 8 de octubre por la cual se añade la disposición adicional quinta, cuya finalidad es prohibir “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 u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

Como podemos observar el primer objetivo de esta disposición es precisamente frenar la posible discriminación de las personas con VIH en el momento de acceder a un contrato de seguro. El problema de esta disposición es que permite que en el caso de existir causas justificadas, proporcionadas y razonables documentadas previa y objetivamente la aseguradora podría denegar el acceso a la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes o imponer condiciones más onerosas a las personas que tienen VIH.

En resumen, las empresas aseguradoras para no incumplir esta disposición deben fundamentar sus denegaciones en una serie de causas justificadas, proporcionadas y razonables documentadas previa y objetivamente, puesto que precisamente en esta aportación esta la diferenciación entre discriminación y diferenciación (en el caso de aportar dichas causas). En este sentido, por ejemplo, la aseguradora podría alegar que carecen de un algoritmo para determinar el impacto que tiene el VIH en la salud de una persona, lo cual no permite estimar el riesgo de que se produzca el evento que daría lugar a una indemnización.

Por tanto, para no incumplir lo estipulado tienen la obligación de comunicarle las causas justificadas, proporcionadas y razonables en las cuales se apoyan para la denegación de acceso al seguro, las cuales deberán estar documentadas previa y objetivamente, puesto que en caso de que estén no existan se trataría de discriminación (no de diferenciación). En los próximos apartados de esta consulta, encontrará varias vías de solicitud de estas causas, para aquellos casos en los cuales la aseguradora no las haya aportado.

2. Deber precontractual de declaración del riesgo

Para comenzar este apartado, desde la Clínica Legal queremos resaltar la importancia que tiene manifestar una imagen fiel sobre su salud a la aseguradora. En la contratación de seguros de salud el asegurado tiene la obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, este deber se encuentra recogido en el artículo 10 de la Ley 50/1980. El cumplimiento de esta obligación se realiza mediante la respuesta a un cuestionario que es entregado por la

aseguradora. Es muy importante responder a este cuestionario de forma veraz, puesto que en caso contrario como se expone en la SAP 1120/2019 (Sala de lo Civil, Sección 3ª) de 24 de Septiembre de 2019 (recurso 79/2019), FJ 3 la respuesta falseada del asegurado al cuestionario da lugar a dos consecuencias:

- Se reconocerá a la aseguradora la facultad de rescindir el contrato mediante una comunicación dirigida al tomador del seguro.
- En el caso de que el siniestro se produzca antes de conocer la falsedad, la compañía queda exonerada de su obligación indemnizatoria (en aquellos casos en los que concurra dolo o culpa grave).

Por este motivo, si en el cuestionario se pregunta por la presencia de VIH, se debe responder afirmativamente. En caso contrario, la aseguradora podría rescindir el contrato y eximirse de su obligación de pago en caso de producirse las circunstancias que se tratan de asegurar. Asimismo, esta no es la única consecuencia que podría suscitar, puesto que en el caso de que la aseguradora decida rescindir el contrato de seguro faltaría una de las condiciones requeridas exigidas a los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea para de la residencia en territorio español por un período superior a tres meses. El contrato de seguro es un requisito exigible para aquellas personas que no tengan un trabajo remunerado en España.

Además de las consecuencias que una respuesta falseada puede tener respecto al contrato de seguro, es necesario mencionar que este acto puede derivar en una responsabilidad penal. En este sentido el artículo 248 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece que cometen estafa los que, con ánimo de lucro (cobrar la indemnización), utilizaren engaño bastante para producir error en otro (respuesta falseada), induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno (suscribir un contrato sin calcular el riesgo que omite por la respuesta falseada). Delito que conforme al artículo 249 del Código Penal es castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

3. Tratamiento de datos de carácter personal

En este apartado determinaremos si la compañía puede acceder a los datos derivados de la utilización del seguro para rescindir o modificar el contrato, de tal forma que al acudir a un especialista en enfermedades infecciosas pudiesen descubrir su convivencia con el VIH.

El artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD) establece que para que el tratamiento de los datos sea lícito se debe de cumplir al menos una de las condiciones previstas en este precepto. En este sentido, el apartado f) de este precepto dispone (como una de estas condiciones) que el tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento. Por tanto, para que el tratamiento de dichos datos sea lícito es necesario la existencia de un interés legítimo por parte de la aseguradora. Para resolver esta cuestión debemos de acudir al considerando 47 RGPD donde se establece que “el tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate”.

Por otra parte el artículo 100 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante LOSSEAR) impone a las compañías aseguradoras el deber de “adoptar medidas efectivas para, prevenir, impedir, identificar, detectar, informar y remediar conductas fraudulentas relativas a seguros”. De este precepto podemos deducir que esta obligación de lucha contra el fraude abarca dos momentos temporales: en primer lugar la prevención del mismo en la fase precontractual y en segundo lugar remediar el fraude cometido en la fase contractual (situación actual).

Una vez concretada la obligación de las aseguradoras en contra de las conductas fraudulentas, debemos ver si la aseguradora puede acceder a los datos derivados de la utilización del seguro para rescindir o modificar el contrato. Precizando esta cuestión el artículo 99.1 LOSSEAR habilita a las aseguradoras para el tratamiento de los datos del asegurado “sin necesidad de contar con su consentimiento a los solos efectos de garantizar el pleno desenvolvimiento del contrato de seguro y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley”.

Asimismo, el segundo apartado de este precepto establece una serie de situaciones en las cuales las entidades aseguradoras podrán tratar sin consentimiento del interesado los datos relacionados con su salud:

- Para la determinación de la asistencia sanitaria que hubiera debido facilitarse al perjudicado, así como la indemnización que en su caso procediera, cuando las mismas hayan de ser satisfechas por la entidad.
- Para el adecuado abono a los prestadores sanitarios o el reintegro al asegurado o sus beneficiarios de los gastos de asistencia sanitaria que se hubieran llevado a cabo en el ámbito de un contrato de seguro de asistencia sanitaria.

En este sentido, es posible que la aseguradora al solicitar una cita con un especialista en enfermedades infecciosas pudiese sospechar la preexistencia de alguna enfermedad no comunicada en la fase contractual (que incumpliese el deber precontractual de declaración del riesgo), de tal forma que basándose en la obligación impuesta por el precepto 100 LOSSEAR pueda justificar a través del artículo 99.1 LOSSEAR el tratamiento de dichos datos e incluso someter determinadas consultas a autorización previa.

4. Derecho de residencia y asistencia sanitaria

El requisito de contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España impuesto para la residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea es una obligación recogida por el artículo 7.1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La imposición de este requisito encuentra su justificación en garantizar que el periodo de residencia no se convertirá en una carga para la asistencia social del Estado español.

El artículo 9 bis de este Real Decreto establece que los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea “gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas”, donde como hemos mencionado en el párrafo precedente se encuentra (entre otros) la contratación de un seguro de enfermedad. Este precepto nos indica que para el mantenimiento del derecho de residencia, no basta el cumplimiento inicial de los requisitos indicados en estos preceptos, sino que es necesario un cumplimiento sostenido durante el periodo de residencia. Siguiendo este razonamiento, si la aseguradora decide rescindir el contrato de seguro basándose en un incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (artículo 10 LCS) puede llegar a

afectar a su derecho de residencia al dejar de cumplir el requisito de contratación de un seguro de enfermedad, dando lugar a una situación administrativa irregular.

Por este motivo desde la Clínica Legal pensamos que una solución a este problema sería la contratación de un nuevo seguro cumpliendo con la obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo (incluyendo la convivencia con el VIH en el caso de que le sea preguntado), para que de esta forma la aseguradora no rescinda el contrato y dicha situación no afecte a su permiso de residencia. Aunque desde la Clínica Legal no podemos recomendarle la contratación con una aseguradora en concreto, queremos informarle que en España existen compañías que ofrecen seguros médicos de salud especialmente pensados para las personas que viven con el VIH.

Sin embargo esta no es la única opción, el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo permite a las personas que no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, obtener dicha prestación mediante la suscripción a un convenio especial de asistencia sanitaria a cambio de una contraprestación económica. La cuantía de dicha contraprestación está regulada por el artículo 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, donde se establece que:

- Si el suscriptor tiene menos de 65 años: cuota mensual de 60 euros.
- Si el suscriptor tiene 65 o más años: cuota mensual de 157 euros.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta cuota mensual puede ser incrementada por las comunidades autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios.

Por último, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2 de este Real Decreto y el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, el convenio especial permitirá a las personas que lo suscriban acceder a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, donde se comprenden “todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública”.

5. Recibir tratamiento retroviral en España

El artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria “en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud modificó con su artículo primero el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En el primer apartado de este precepto se establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que residan en territorio español. Sin embargo el segundo párrafo de este artículo establece dos criterios para limitar que la asistencia será con cargo a fondos públicos:

- Que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
- Tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

El problema, es que el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero en determinados casos (como en el presente) obliga para obtener un permiso de residencia legal en España el cumplimiento de una serie de requisitos entre los que se encuentra la contratación de un seguro de enfermedad, no bastando su cumplimiento inicial (en el momento de la solicitud) sino que es necesario un cumplimiento sostenido durante el periodo de residencia. En estas situaciones la aseguradora es la que debe soportar el pago de la asistencia sanitaria y no la administración con cargo a los fondos públicos. Tras la perfección del contrato de seguro la compañía aseguradora se convierte en el tercero obligado al pago, de tal forma que esta persona dispone de una cobertura obligatoria por otra vía distinta a la pública.

En este sentido la cobertura sanitaria debe ser financiado por la aseguradora, el problema reside en el supuesto que rescindan el contrato de seguro por basándose en el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (artículo 10 LCS). Al dejar de cumplir el requisito de contratación de un seguro de enfermedad puede llegar a afectar a su derecho de residencia dando lugar a una situación administrativa irregular. Para evitar esta situación, como le mencionamos en el punto

anterior, una opción viable es la contratación de un nuevo seguro cumpliendo con la obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. A la hora de contratar el nuevo seguro es necesario tener en cuenta que en los contratos de salud privados es común que la medicación dispensada de forma ambulatoria (incluyendo los tratamientos retrovirales para el VIH) habitualmente sean excluidos limitando la cobertura a los casos de hospitalización.

Tras la modificación del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo se establece que las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Sin embargo, esta asistencia no se llevará a cabo mediante fondos públicos en aquellos casos en los cuales se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. En este sentido al tener la nacionalidad Alemana se debe tener en cuenta que puedes solicitar la Tarjeta Sanitaria Europea (en adelante TSE) y mediante ésta exportar el derecho de cobertura sanitaria. Por tanto lo más sencillo para recibir el tratamiento retroviral en España, llegada esta situación sería obtener el reconocimiento del derecho a la salud en Alemania y que luego lo exportarlo a través de la TSE a España.

6. Vías de solicitud de las causas de denegación

Como hemos explicado anteriormente, la denegación de un seguro de personas por razón de VIH debe de estar fundamentada en una serie de causas justificadas, pero ¿qué ocurre cuando dichas causas no han sido comunicadas? A continuación, exponemos los distintos mecanismos para obtenerlas.

6.1. Vía extrajudicial: Departamento de atención al cliente o Defensor del Cliente

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece en su artículo 29 obliga a las entidades aseguradoras a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar. En este sentido, las entidades deben contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones.

En algunos casos las entidades aseguradoras pueden designar un Defensor del Cliente (el cual debe de ser una entidad o experto independiente de reconocido

prestigio) a quien corresponderá atender y resolver dichas reclamaciones, conforme a lo expuesto en el segundo párrafo del artículo anteriormente mencionado. En el caso de que la respuesta de estas reclamaciones se delegue en el Defensor del Cliente, debemos tener en cuenta que, según el apartado segundo del artículo anteriormente mencionado, si la decisión tomada por esta entidad o experto independiente es favorable a la reclamación vinculará a la aseguradora. Sin embargo, esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos, ni a la protección administrativa.

Por tanto, en primer lugar, debe solicitar la manifestación de dichas causas al Departamento de atención al cliente o en su defecto al Defensor del Cliente que haya sido designado por la compañía aseguradora.

6.2. Vía extrajudicial: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

Una vez obtenida una respuesta negativa o en el caso de que transcurran dos meses sin que haya sido resuelta (o un mes si el reclamante tiene la condición de consumidor, desde su presentación) puede acudir al Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 44/2002 y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Este precepto establece la necesidad de acreditar la formulación de la reclamación previa (de forma escrita) al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al Defensor del Cliente de la entidad contra la que se reclame, para la admisión y tramitación de reclamaciones por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Una vez recibida la reclamación se verificará si se ha cumplido con el requisito anterior, y se procederá a la apertura de un expediente, en el que se incluirán todas las actuaciones relacionadas con dicha reclamación.

Conforme a lo dispuesto por los artículos 11 y 12 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, una vez se proceda a la apertura de expediente en el plazo de diez días hábiles “se remitirá a la entidad contra la que se dirija una copia de las reclamaciones y de los documentos aportados, para que en el plazo de quince días hábiles presente al servicio de reclamaciones las alegaciones y documentación que tenga por conveniente”. Los servicios de reclamaciones remitirán copia de las

anteriores alegaciones y documentación al reclamante y éste podrá pronunciarse sobre las alegaciones de la entidad en el plazo de quince días hábiles.

Posteriormente se emitirá el **informe final** que dará por terminado el expediente, que será motivado, y deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros, pronunciándose sobre todas las cuestiones que planteen las reclamaciones. Este informe será notificado a los interesados y a la entidad reclamada en el plazo de diez días hábiles a contar desde su fecha de emisión.

Una cuestión que debe considerar es que dicho informe no tiene carácter vinculante (no obliga a la aseguradora) ni de acto administrativo recurrible. Desarrollando esta cuestión el artículo 14 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre concreta que si el informe emitido en el expediente de reclamación fuera desfavorable a la entidad reclamada (la aseguradora), ésta deberá comunicar expresamente, en el plazo de un mes desde la notificación de dicho informe “la aceptación o no de los presupuestos y criterios manifestados en el mismo, así como aportar la justificación documental de haber rectificado su situación con el reclamante, en su caso” y que “en el supuesto de incumplimiento de este deber se entenderá que la entidad no ha aceptado lo impuesto en el informe”.

Hasta este momento, hemos explicado los dos procedimientos que se pueden llevar a cabo a través de la vía extrajudicial, sin embargo, usted puede optar de manera complementaria o alternativa, en función de las circunstancias, por la defensa de sus intereses a través de un procedimiento judicial como le explicaremos en el siguiente apartado.

Desde la Clínica Legal nos gustaría aconsejarle que antes de elegir una de las vías se informe de los plazos que tiene para interponer la acción judicial sin descartar la idea de acudir en primer lugar a la vía extrajudicial, puesto que pese a no ser vinculante para la aseguradora puede ayudar a sustentar la cuestión en sede judicial.

6.3. Vía judicial: procedimiento civil y procedimiento penal

Dentro de la vía judicial debemos elegir entre iniciar un procedimiento civil o penal, teniendo siempre en cuenta que en el procedimiento penal se podría obtener la reparación del daño (responsabilidad civil) y una condena penal, mientras que un proceso civil no puede obtener una condena penal.

A diferencia de la vía extrajudicial para estos procedimientos generalmente es necesaria la intervención de abogado y procurador conforme a lo establecido en los artículos 23 y 31 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

En el caso de no tener recursos para litigar, debe saber que la Constitución Española establece en su artículo 24 el derecho a obtener la tutela efectiva y posteriormente en su artículo 119 dispone que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Este precepto es desarrollado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita que en su artículo 2 a) establece que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita “los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Debemos diferenciar la asistencia jurídica gratuita, que se trata un servicio prestado por la Administración para aquellas personas que cumplan los requisitos que se establecen la Ley 1/1996, de 10 de enero, del turno de oficio, el cual se trata de un servicio ofrecido por los Colegios a través del cual se designa un abogado (de los incluidos en la lista de turno de oficio) a un particular. Como consiguiente, todas las personas que se benefician de la justicia gratuita tienen un abogado del turno de oficio, sin embargo, cuando una persona no se beneficia de la asistencia jurídica gratuita y solicita un abogado del turno de oficio este no será gratuito para el solicitante.

El artículo 12 de esta ley establece que la solicitud de asistencia jurídica gratuita debe realizarse ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el juzgado o tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el juzgado de su domicilio. Desarrollando el contenido de la solicitud, el artículo 13 nos señala que la persona que solicite este derecho debe indicar que prestaciones de las reguladas en el artículo 6 solicita que le sean reconocidas.

Es importante que conozca, si decide pedir un abogado del turno de oficio o solicitar asistencia jurídica gratuita, que no tiene la obligación de informar de que tiene VIH a los abogados tramitadores de estos servicios, solo es necesario que informe de que una aseguradora ha incumplido las obligaciones contenidas en la disposición adicional 5ª de la Ley 50/1980. Una vez se le designe un abogado para judicializar esta cuestión si deberá proveerle con relato completo de las circunstancias, pero toda

la información que proporcione quedará cubierta por el secreto profesional que impone el Código Deontológico de la Abogacía Española. No obstante, si una vez designado abogado tiene dudas sobre los datos que podrían hacerse públicos en el proceso judicial, debe referirse a él/ella para estas cuestiones.

Dentro de un procedimiento civil en términos generales el sustento de la demanda tendría su base en el artículo 14 de la Constitución Española el cual establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este sentido la autonomía de los sujetos privados (aseguradoras) queda limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias el orden público constitucional.

El objetivo de la reclamación sería una acción por responsabilidad civil, y de forma más concreta se trataría de obtener una reparación in natura, la cual conforme a lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 4001/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 28 de septiembre de 2015 (recurso 1871/2013), FJ 3, consiste en “reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso”. En resumen, el objetivo de esta demanda sería solicitar la admisión de la persona con VIH dentro de un contrato de seguro, ya que previamente su admisión había sido denegada por la convivencia con el VIH (motivo de la discriminación).

La solicitud una reparación in natura tendría su base en la responsabilidad extracontractual o contractual (se pueden tratar de defender ambas posturas) derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones, que contraviene (como hemos explicado anteriormente) la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre y el artículo 14 de la Constitución Española. En el supuesto de decantarnos por clasificar esta responsabilidad como extracontractual debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 1902 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC) para justificar la obligación de reparar el daño, argumentando que se ha actuado de forma culposa o negligente. Mientras que si consideramos que estamos ante un caso de responsabilidad contractual debemos acudir al artículo 7 CC, argumentando que la compañía al no observar las prohibiciones impuestas en la disposición adicional quinta ha faltado a las exigencias de la buena fe contractual.

Mientras que en un procedimiento penal la base de la demanda se centraría en el artículo 14 de la Constitución Española (derecho de igualdad y no discriminación) y el artículo 512 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal el cual establece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años a los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razones de enfermedad o discapacidad.

7. Conclusiones

Las personas que viven con VIH en algunas ocasiones sufren discriminación a la hora de contratar seguros de personas, y, actualmente, se considera que se da este escenario cuando no se les ofrece la contratación del seguro sin especificar una serie de causas justificadas de forma objetiva, mientras que sí se aportan dichas causas, se considera diferenciación (no discriminación).

El asegurado tiene la obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, por este motivo es necesario manifestar una imagen fiel sobre su salud, puesto que en caso contrario la aseguradora podría rescindir el contrato y eximirse de su obligación de pago.

Para el mantenimiento del derecho de residencia no basta el cumplimiento inicial de los requisitos, entre los cuales se encuentra el seguro de enfermedad, sino que es necesario un cumplimiento sostenido durante el periodo de residencia. Por tanto, si la aseguradora decide rescindir el contrato de seguro basándose en un incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (artículo 10 LCS) puede llegar a afectar a su derecho de residencia al dejar de cumplir los requisitos.

Una forma de conseguir en España el tratamiento necesario para el VIH siendo estudiante es a través del seguro obligatorio de enfermedad (exigido para obtener el derecho de residencia). Para ello le recomendamos la contratación de un nuevo seguro cumpliendo con la obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. O bien, debido a su nacionalidad Alemana, otra opción es tratar de obtener el reconocimiento del derecho a la salud en Alemania y que luego lo exportarlo a través de la Tarjeta Sanitaria Europea a España.

Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y que sus dudas hayan quedado resueltas. De igual modo, le invitamos a ponerse nuevamente en contacto con nosotros cuando lo necesite.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

La siguiente consulta que queremos destacar en materia de seguros permite observar además de la denegación, la situación en la que pone el formulario de salud expreso y el rechazo a la persona con respecto a su intimidad y protección de datos. Además se observa de qué manera la exclusión de las personas con VIH de la contratación de seguros puede afectar a otros derechos, como puede ser en este caso.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

Esta consulta ha sido planteada por una persona a la que su empresa como beneficio social ofrece la contratación de un seguro de salud privado. En el cuestionario de salud previo se pregunta por la medicación y las enfermedades preexistentes. Con esta información se puso en contacto con la aseguradora e informaron de que iban a rechazar la contratación por razón de VH. El tramite de la contratación lo hace directamente la empresa, por esto se pregunta, si pueden denegar la contratación por razón de VIH y qué puede hacer para que la empresa no conozca que tiene VIH, pues están presionando para que cierre la contratación.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- .- Constitución de 1978
- .- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
- .- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- "La contratación de seguros no obligatorios por parte de personas con el VIH"
http://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VIHySeguros.pdf

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

Una vez analizada su consulta, vamos a explicar todos los puntos que a nuestro juicio resultan relevantes en este caso, para que usted pueda tener una visión general sobre el problema planteado y pueda valorarlo.

En primer lugar, debe conocer que la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS) establece que se podrá denegar la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes o imponer condiciones más onerosas si existen causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Por lo tanto, la aseguradora puede denegar la contratación, pero solo si aporta estas causas, pues en otro caso no se podría trazar la línea entre una diferenciación conforme al ordenamiento jurídico y una discriminación contraria a éste. En caso de que la compañía no aporte estas causas o, como ocurre frecuentemente, simplemente

alegue “VIH”, informamos de que existen procedimientos extrajudiciales y judiciales para reclamar, si necesita apoyo en este extremo no dude en volver a contactar con nosotros y proveeremos las instrucciones necesarias a tal efecto. No obstante, apuntamos que esto requiere en el caso de un seguro colectivo la participación de su empleador como tomador.

En segundo lugar, debe saber que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -LOPDGDD- “los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679” esto es “(los datos personales deben ser) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»)).”. De manera añadida, debe saber que “quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen (...) datos relativos a la salud (...) salvo que “el interesado (de) su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados” – artículo 9 Reglamento (UE) 2016/679-. Por ello, para realizar este tratamiento le pedirán que preste su consentimiento -artículos 6.1 y 6.2 LOPDGDD- pero “no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual” -artículo 6.3 LOPDGDD-. Por lo tanto, los datos relativos a su salud son necesarios para suscribir y gestionar el contrato de seguro de salud, pero estos deben ser tratados confidencialmente por los departamentos pertinentes y previa obtención de su consentimiento. En cualquier caso, es necesario que tenga presente que, pese a esta obligación, la empresa como tomadora del seguro colectivo es parte del contrato y puede encargarse de las comunicaciones necesarias para la gestión de éste, como la presentación del formulario de salud o la recepción de una posible denegación por razón de VIH.

Si quisiera minimizar las posibilidades de que la empresa conozca las respuestas proporcionadas en el formulario de salud o una posible denegación por razón de VIH, existen varias alternativas, como ofrecer a la empresa la realización del formulario vía

telefónica esgrimiendo que es una operativa más garantista con el derecho a la intimidad o proponer la valoración económica de ese beneficio social y proceder a la contratación de un seguro de salud privado en otra compañía. En cualquier caso, si la empresa llegara a tener conocimiento de que tiene VIH y usted advirtiera cualquier indicio de discriminación por esta razón, no dude en volver a enviar una consulta a este servicio y aconsejaremos sobre el procedimiento a seguir.

En tercer lugar, nos gustaría subrayar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 LCS el asegurador tiene las siguientes obligaciones: presentar el formulario de salud de manera previa a la contratación del seguro; efectuar en él las preguntas oportunas; dar la posibilidad de contestar a las mismas; y en caso de no poder evaluar correctamente el riesgo únicamente con él pedir los informes médicos necesarios. Por su parte, el tomador, la persona que contrata el seguro -su compañía-, tiene la obligación de contestar a las preguntas haciendo honor a la buena fe, so pena de no ser cubierto en caso de siniestro e incluso incurrir en un delito de estafa. La razón detrás de la concesión de semejante importancia a este documento es que éste sustituirá en la mayoría de los casos al reconocimiento médico y es la única manera que la aseguradora tiene para determinar el riesgo. Por lo tanto, omitir datos de salud en el formulario previo a la contratación, no debería presentarse como una alternativa válida.

En conclusión, la contratación puede ser rechazada por razón de VIH siempre y cuando existan las causas que exige la disposición adicional quinta LCS, si estas no son aportadas y desea reclamar, no dude en ponerse en contacto de nuevo con nosotros, pero este procedimiento requiere la intervención de la empresa. De lo contenido en su relato, entendemos que la empresa será la tomadora del contrato de seguro, por lo tanto, como parte del contrato puede recibir comunicaciones con respecto al mismo, pese a que deba seguir las obligaciones en materia de protección de datos. En este sentido, pese a que ocultar el VIH en el formulario se podría presentar como medio para que la empresa no conociese este dato, no debería ser una alternativa por las graves repercusiones que se pueden derivar de esta acción. Aun así, si quiere minimizar el riesgo de que la empresa conozca su estado de salud, proponemos a título meramente ejemplificativo dos alternativas, pedir la realización del formulario directamente con la aseguradora o aplicar para una compensación económica que permita el pago del seguro de salud en otra compañía. En cualquier caso, no puede ser discriminado por razón de VIH en el entorno laboral, si usted

advirtiese esa conducta, no dude en ponerse en contacto con nosotros de nuevo y orientaremos sobre este particular.

Esperamos que esta respuesta le sea de utilidad y si necesitase alguna aclaración no dude en contactar nuevamente con nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

La última consulta relacionada con la contratación de seguros por personas con VIH versa sobre la obligación de comunicación del asegurado a su compañía aseguradora acerca de su condición serológica, ya existiendo un contrato con dicha compañía, dada la intención del asegurado de contratar una póliza distinta a la que actualmente tiene.

Resumen de la consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta versa sobre la obligación de comunicación del asegurado a su compañía aseguradora acerca de su condición serológica, ya existiendo un contrato con dicha compañía, dada la intención del asegurado de contratar una póliza distinta a la que actualmente tiene.

Instrumentos Normativos Utilizados

2. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

-. Constitución Española de 1978: artículo 14 (derecho a la igualdad y a la no discriminación); artículo 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: artículo 248, artículo 249 y artículo 512.

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: artículo 10, artículo 11, artículo 80 y la Disposición Adicional Quinta (no discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud).

- Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras: artículo 97 (mecanismos de solución de conflictos).

- 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.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 143/1994, de 9 de mayo de 1994.

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/1993, de 22 de abril de 1993.

- Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Folleto nº 20 de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, “La contratación de seguros de responsabilidad civil, vida y salud por las personas con VIH”.

- Folleto nº 21 de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, “Derechos de las personas con VIH en la contratación de seguros”.

Respuesta fundamentada

Estimado usuario,

En primer lugar, nos gustaría darle las gracias por acudir a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para resolver sus dudas jurídicas. El tema por el que usted nos pregunta lo conocemos bastante bien, ya que hemos contestado a muchas consultas de personas como usted que tienen dudas acerca de la obligación de comunicar a su compañía aseguradora su condición serológica, o si pueden negarle o aumentarle la prima correspondiente fundamentándose en dicha condición.

Antes de entrar en materia, es importante recordar que, en lo relativo a la privacidad de los **datos** relacionados con la **salud** de una persona, dada la sensibilidad de su contenido, éstos se encuentran protegidos y amparados por el **derecho fundamental a la intimidad y al honor**, cuyo fundamento es la dignidad, la cual es un derecho inherente al ser humano, y como tal, toda persona por el mero hecho de serlo es titular de este derecho.

Dentro de la legislación española, este Derecho se encuentra recogido en la Constitución española (en adelante, CE), concretamente en el artículo 18 de este cuerpo legal, dentro del marco del derecho fundamental a la intimidad y el honor.

En este aspecto, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la CE, lo consagra como *un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad de vida humana* (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 143/1994, de 9 de mayo). De esta manera, el derecho fundamental a la intimidad tiene como contrapartida un deber de abstención para terceros en lo relativo a *toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos* (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/1993, de 22 de abril).

Una vez realizada esta apreciación acerca del derecho a la intimidad, podemos comenzar con la explicación acerca del ámbito de los seguros.

En cuanto al ámbito de lo seguros y del VIH, aquellos que se ven más afectados son los **seguros de personas**, que son aquellos en los que el estado de salud del asegurado tiene una repercusión esencial en la valoración del riesgo, y como consecuencia, en la determinación de la prima a abonar. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), *“el contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado”*.

Concretamente, los dos tipos más afectados son los seguros de salud, como es su caso, y los seguros de vida.

Efectivamente, tal y como usted nos comentó en su mensaje, si una persona con VIH contrató un seguro de personas antes del 1 de enero de 2016, debe saber que desde esa fecha en adelante, gracias a la modificación del artículo 11 de la LCS por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, **no tiene la obligación de comunicar la variación de su estado de salud, pues en ningún caso se considerará agravación del riesgo.**

En su caso, dado que contrató el seguro en 2009, y posteriormente le diagnosticaron VIH, pero todo ello antes de la entrada en vigor de esta norma, debe conocer que esta modificación recoge un criterio consolidado en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y en la jurisprudencia, que establece que para que la agravación del riesgo no comunicada pueda repercutir en el pago de la prestación convenida en caso de siniestro deben cumplirse tres premisas:

- Que la agravación del riesgo no declarada sea sobre las circunstancias que el asegurador consideró en su momento relevantes para determinar el riesgo asegurado en el cuestionario de salud;
- Que la agravación del riesgo tenga relación con el siniestro;
- Y que la ocultación de la agravación se haya producido mediando mala fe y que la compañía de seguros pueda probarlo (si no logra probarlo, la prestación convenida solo podrá reducirse proporcionalmente “a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”).

Sin embargo, estas circunstancias sólo son aplicables en el caso de que usted desee mantener la misma póliza, ya que si desea cambiarla, es un nuevo contrato, y como tal, un proceso de contratación que empieza de nuevo.

Para la contratación de este tipo de seguros, el artículo 10 de la LCS establece la **obligación de contestar de forma veraz al asegurador**, antes de la conclusión del contrato, **las preguntas incluidas en el formulario de salud**. El asegurado debe declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y por las que se pregunte. El estado de salud del asegurado tiene una influencia decisiva en la valoración del riesgo y, por ello, el formulario contiene siempre

preguntas relacionadas con la salud del mismo. Algunos ejemplos de qué preguntas pueden venir incluidas serían: ¿se ha realizado usted un test de VIH?; ¿toma o debería tomar algún tipo de medicación? Si es así, ¿cuál?; ¿debería visitar algún medico especialista? Si es así, ¿a cuál?; u otras parecidas.

Ante esta situación, una pregunta que se suele plantear con mucha frecuencia es la siguiente: **¿Debo declarar el VIH en el formulario de salud previo a la contratación?** Y la respuesta a esta pregunta es ésta: Si te preguntan, **SÍ**. Esto se debe a varios motivos:

- Es esencial para determinar el riesgo y calcular la prima a abonar por el asegurado.
- Si hay una quiebra de la buena fe, y llega a conocimiento del asegurador, estaría en todo su derecho de rescindir el contrato.
- La ley sanciona la omisión voluntaria de estas circunstancias, si estas tienen consecuencias en el siniestro.
- Si el tomador del seguro incumple esta obligación y esta omisión trasciende a las condiciones contractuales o a la propia celebración del contrato, en casos de culpa grave o dolo, podría llevar a una exoneración del pago de la prestación pactada.
- En aquellos casos mas graves, el fraude al seguro puede ser considerado como un delito de estafa, tipificado en el artículo 248 del Código Penal (pena de privación de libertad que va desde los 6 meses hasta los 3 años).

Por todo ello, este **formulario previo a la contratación del seguro tiene una influencia decisiva en el contrato y no es aconsejable mentir en el formulario de salud**, ocultando que se tiene VIH o que se toma medicación antirretroviral. La mejor forma de dominar el relato es mantener la buena fe contractual. Por lo tanto, usted ha actuado bien al contestar sinceramente sobre su condición serológica en el formulario que le plantearon.

La compañía aseguradora tiene la obligación de presentar este formulario de manera previa a la contratación del seguro, y de permitir al tomador/asegurado contestar por sí mismo a las preguntas, y además, solo debe contener aquellas cuestiones especificas que sean relevantes a la hora de determinar el riesgo; es decir, esto no incluye todo el historial médico. En caso de que la aseguradora entienda que no puede valorar el riesgo con este documento, deberá llevar a cabo las acciones

necesarias para su determinación, pudiendo proponer la realización de análisis para determinar la carga viral.

Si la aseguradora no presenta el formulario de manera previa, no permite contestar al asegurado/tomador, o no realiza las preguntas o averiguaciones oportunas, deberá cargar con las consecuencias una vez que se produzca el siniestro asegurado. Por ejemplo, debería cubrir aquellas condiciones de salud por las que no preguntó.

¿Qué debería hacer si me preguntan si tengo SIDA? La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2007, Fundamento Jurídico Segundo, ECLI:ES:APB:2007:8578, dice:

“No cabe que la aseguradora traslade al asegurado la capacidad de determinar cuáles sean las circunstancias influyentes en esa valoración; antes al contrario, ha de ser la compañía, profesionalmente dedicada a esa actividad, quien con el mayor detalle posible concrete en el cuestionario tales circunstancias, limitándose el deber del asegurado a responder con buena fe a lo que expresamente se le pregunte, pero sin que le sea exigible suplir la insuficiencia de las cuestiones que se le planteen”.

No se trata de una cuestión pacífica, pero lo más correcto es que **si se pregunta por el SIDA, y no se ha llegado a esa fase, la respuesta ha de ser negativa**, ya que un potencial asegurado/tomador no tiene que instruir a una compañía aseguradora, profesionalmente dedicada a delimitar el riesgo, acerca de la diferencia entre el VIH y el SIDA.

Por otra parte, en el año 2018 se aprobó una nueva Ley, la **Ley 4/2018**, por la que se modificó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, entre las que se encontraba la LCS. Así, como consecuencia de esto, se añadió a este texto legal la disposición adicional quinta, que establece lo siguiente:

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

Esta última parte subrayada del articulado, es una justificación vacía, que implica la existencia de barreras de entrada simplemente por razón de VIH. Esta cláusula lo único que implica es que no seamos capaces de deslindar una discriminación contraria al Ordenamiento Jurídico de una diferenciación conforme a éste, y esto genera una gran inseguridad jurídica.

Si a una persona con VIH le deniegan la contratación de un seguro de personas, ya sea de vida, accidentes, decesos, enfermedad o asistencia sanitaria, puede denunciar esta situación vía extrajudicial o judicial.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 20/2015, se podrían seguir los siguientes procedimientos extrajudiciales: decisión arbitral, o mediación o queja/reclamación al servicio de atención al cliente/defensor del cliente. Esta última posibilidad viene regulada en el artículo 97.5 de la Ley 20/2015 y el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. En el caso de que se obtuviera una respuesta negativa o no se obtuviera respuesta, este procedimiento abriría la vía para la presentación de una queja o reclamación ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Finalmente, como alternativa paralela, se podría acudir al Defensor del Pueblo.

Si se quisiera acudir a la vía judicial, habría que presentar una demanda civil, siendo aplicable la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Debe tenerse en cuenta que en estos procedimientos se requiere la asistencia de abogado/a, y siempre entrañan la posibilidad de que haya una condena en costas. Si no dispone de recursos económicos, puede solicitar en el Colegio de Abogados más cercano a su domicilio la asistencia jurídica gratuita. Si se tratase como una vulneración del artículo 14 de la Constitución (igualdad y no discriminación) se podría acudir al procedimiento preferente y sumario.

En los casos más extremos, se podría presentar una denuncia o querrela penal pues, dependiendo de los hechos del caso, es posible que la denegación violase el artículo 512 del Código Penal, que castiga con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años, a aquellos que en el ejercicio de sus actividades empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho, por razón de enfermedad.

Finalmente, en función del curso del proceso judicial, debido a la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias el orden público constitucional, como son las

indicadas en el artículo 14 de la Constitución, es posible que la cuestión pudiese incluso sustanciarse ante el Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad o por la vía del recurso de amparo.

Esperamos que esta respuesta le haya sido de utilidad y le animamos a que nos escriba si tiene alguna duda al respecto.

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá (Madrid).

No queremos terminar el informe sin resaltar los problemas que las personas con VIH que conviven con la infección desde hace mucho tiempo están teniendo para acceder a ayudas sociales, prestaciones de la Seguridad Social, ya sean contributivas o no contributivas, o el Ingreso Mínimo Vital. Estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad debido no a su condición de salud sino a la situación y a la posición que como grupo tienen en la sociedad.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Una persona que tiene 63 años, y lleva desde 2014 en paro, tiene reconocido un 42% de discapacidad y además tiene VIH, quiere informarse sobre las ayudas a las que tiene derecho. Lleva 19 años cotizados y todo este tiempo ha estado apuntada como demandante de empleo.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

LEGISLACIÓN ESTATAL:

- Constitución Española de 1978.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
- Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

Respuesta fundamentada

Estimado usuario:

Antes de nada, nos gustaría agradecerle en primer lugar su confianza en la clínica, como sabrá es un proyecto de colaboración con estudiantes de derecho, por lo tanto es muy importante para nuestra formación tener contacto con consultas reales, por todo eso muchas gracias.

Para dar respuesta a su consulta vamos a explicarle por separado las diferentes opciones que existen en la actualidad, junto con sus requisitos, para que valore las opciones que tiene.

1. DISCAPACIDAD
2. INCAPACIDAD
3. PARO
4. JUBILACIÓN
5. INGRESO MÍNIMO VITAL

1. DISCAPACIDAD

La Constitución española en su artículo 14 prohíbe la discriminación por cualquier circunstancia personal o social, y en el artículo 49 prevé que los poderes públicos tomen las medidas necesarias para asegurar esa igualdad.

La Ley General de derechos de las personas con discapacidad en su artículo 4 incluye dos factores para considerar que una persona tiene discapacidad:

- Tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial. (Factores médicos)
- Que dicha deficiencia impida participar en la sociedad con una igualdad plena. (Factores sociales)

La discapacidad se mide en un porcentaje que está compuesto por ambos factores que sumados tienen que llegar a un mínimo del 33%. Los factores sociales empiezan a contar hasta un máximo del 15%, cuando los factores médicos son al menos del 25%.

Las ayudas por discapacidad están divididas en dos grandes grupos, en primer lugar para las personas que tienen reconocido un grado de discapacidad de entre el 33% y el 64%, consisten en beneficios sociales y fiscales, como la tarjeta de aparcamiento reservado, el acceso privilegiado a viviendas de protección oficial, ventajas a la hora de comprar un vehículo o en la declaración del IRPF.

En segundo lugar, las ayudas para las personas que tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%, consisten en una pensión de invalidez no contributiva, que viene regulada en la Ley General de la Seguridad Social. Esta pensión se calcula teniendo en cuenta las rentas personales propias y las de la familia

con quien se convive. La pensión puede verse incrementada en hasta un 50% si el grado de discapacidad reconocido es del 75% o superior.

Por estos motivos nuestra recomendación principal es que solicite una revisión del grado de discapacidad. Se puede exigir una revisión del grado de discapacidad siempre que haya transcurrido un plazo de 2 años desde la última resolución, o cuando se acrediten suficientes cambios en la situación que dio lugar al reconocimiento del grado, o cuando hubiera error en el diagnóstico. Para la revisión deberá manifestar todas sus patologías, hasta la que considere más insignificante, pues para el cálculo, todas suman.

La competencia del reconocimiento del grado de discapacidad en la Comunidad Autónoma de Aragón corresponde a las Direcciones Provinciales del IASS, a través de los Centros Base, donde están los Equipos de Valoración y Orientación de la discapacidad. En Zaragoza se encuentra en el Paseo de los Rosales, 28 Dpdo.

La revisión se llevará a cabo de manera presencial, por lo que una vez tenga los informes médicos que demuestren las afecciones que padece, deberá pedir cita previa en las Oficinas de Información Registro, y deberá aportar dichos informes médicos y la fotocopia del reconocimiento de alguna pensión de la Seguridad Social si la tuviera (paro, viudedad, etc.).

2. INCAPACIDAD

En cuanto a la incapacidad la Constitución Española prevé en su artículo 41 que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”. La incapacidad es aquella situación en la que la persona pierde su capacidad para trabajar en su profesión habitual, o en cualquier otra.

La incapacidad puede ser permanente o temporal, dependiendo del tiempo durante el que la capacidad para trabajar se vea disminuida. Hay diferentes grados de incapacidad permanente que varían dependiendo de si no puede trabajar en su profesión habitual, o en ninguna, hasta si necesita ayuda para realizar las tareas cotidianas como vestirse, desplazarse o comer.

- **INCAPACIDAD TEMPORAL:** únicamente hay modalidad contributiva para el caso que nos acontece pues para tener acceso, el hecho que causa la incapacidad, ya sea un accidente o una enfermedad, debe suceder mientras está dado de alta en algún régimen de la Seguridad Social, es decir, tener un

contrato de trabajo. La pérdida de capacidad para trabajar tiene cura y una duración limitada, después se recupera.

- INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL: es aquella que ocasiona al trabajador una disminución de al menos el 33% en su capacidad para realizar su profesión habitual, pero no le impide la realización de las tareas fundamentales.
- INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL: es cuando no puede realizar su profesión habitual, pero sí otra diferente. Además, cuando es mayor de 55 años, a la pensión se le sumará un 20% más.
- INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA: en este caso no podría realizar ningún trabajo.
- GRAN INVALIDEZ: en esta situación, además de no poder realizar ningún trabajo, necesitaría ayudar para vestirse, comer o desplazarse.

Si usted se encuentra en alguna de estas situaciones, la Ley le exige en su caso, por su edad, que haya cotizado alrededor de 10 años, dos de los cuales deben estar dentro de los diez últimos años.

Para iniciar el procedimiento deberá presentar la solicitud y la documentación necesaria en cualquiera de los centros de atención e información del Instituto Nacional de la Seguridad Social, (en este enlace: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/OficinaSeguridadSocial> puede buscar donde se encuentran estos centros, seleccionando en el apartado de la izquierda en primer lugar “Instituto Nacional de la Seguridad Social” y después “Centros de atención e información” para más adelante seleccionar la localización en la que se encuentra, cuál es el más cercano a usted) después de haber iniciado la solicitud, le podrán pedir cualquier documentación y pruebas médicas que estimen necesarias.

3. PARO

Dentro de las ayudas por desempleo, hay dos niveles, el contributivo y el no contributivo. Para tener derecho a la pensión por desempleo del nivel contributivo se exige un periodo mínimo de cotización de 360 días en los últimos 6 años, por lo que no podría acceder a esta prestación porque no cumple con ese requisito, ya que en los últimos 6 años no ha cotizado ese número de días. Además, en el caso de que le reconocieran una pensión por incapacidad de las que le hemos mencionado en el

apartado anterior, tampoco tendría derecho al paro, pues son pensiones incompatibles.

En el nivel no contributivo los requisitos exigidos son:

- Llevar inscrito al menos un mes como demandante de empleo.
- No haber rechazado una oferta de empleo adecuada.
- No haberse negado a participar en algún curso que ofrece el paro para la formación.
- Carecer de rentas que no superen el 75% del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) (9.975€ anuales aproximadamente).

Esta prestación tiene una duración de 6 meses que pueden alargarse hasta 18 meses como máximo. Para gestionar esta ayuda debe rellenar la solicitud de subsidio por desempleo, se puede tramitar de manera online a través de la sede electrónica del SEPE. Le adjuntamos la página donde aparece toda la información y el modelo que debe rellenar, aunque si tiene alguna dificultad o cuestión, no dude en volver a ponerse en contacto con la clínica para intentar solucionarlo. <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/47006>

Por último dentro de las ayudas que ofrece el desempleo está la renta activa de inserción (RAI) dirigida hacia los demandantes de empleo mayores de 45 años y menores de 65 años. Los requisitos son:

- Llevar inscrito 12 meses seguidos como demandante de empleo.
- Carecer de rentas que no superen el 75% del SMI.

Tiene una duración máxima de 11 meses. Para el procedimiento también hay que cumplimentar una solicitud a través de la sede electrónica del SEPE. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/he-dejado-de-cobrar-el-paro/no-tengo-prestacion.html> este enlace le remite a la página oficial del SEPE, donde viene la documentación necesaria que debe aportar junto con la solicitud, así como los modelos que debe rellenar, y dónde los debe presentar. Una vez más no tenga inconveniente en ponerse en contacto con la clínica de nuevo para solucionar posibles imprevistos.

4. JUBILACIÓN

Consiste en una pensión vitalicia reconocida cuando se alcance la edad establecida, y cese o haya cesado el trabajo.

En su situación actual pensamos que únicamente tendría derecho a un tipo de jubilación al que tienen acceso las personas afectadas por discapacidad. En este caso los requisitos consisten en tener un grado de discapacidad igual o superior al 45% y haber cumplido 56 años, por lo que para esta pensión también es muy importante que revise el grado de discapacidad por el mismo procedimiento que le explicamos anteriormente. Además, debe padecer alguna de las discapacidades recogidas en el artículo 2 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre,

- Discapacidad intelectual.

- Parálisis cerebral.

- Anomalías genéticas:

- 1.º Síndrome de Down.

- 2.º Síndrome de Prader Willi.

- 3.º Síndrome X frágil.

- 4.º Osteogénesis imperfecta.

- 5.º Acondroplasia.

- 6.º Fibrosis Quística.

- 7.º Enfermedad de Wilson.

- Trastornos del espectro autista.

- Anomalías congénitas secundarias a Talidomida.

- Secuelas de polio o síndrome postpolio.

- Daño cerebral (adquirido):

- 1.º Traumatismo craneoencefálico.

- 2.º Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones.

- Enfermedad mental:

- 1.º Esquizofrenia.

- 2.º Trastorno bipolar.

- Enfermedad neurológica:

- 1.º Esclerosis Lateral Amiotrófica.

2.º Esclerosis múltiple.

3.º Leucodistrofias.

4.º Síndrome de Tourette.

5.º Lesión medular traumática.

Como información adicional le interesará saber que más adelante, cuando cumpla 65 o 67 años, podría tener derecho a la pensión de jubilación no contributiva o contributiva respectivamente.

- Pensión de jubilación NO contributiva: requiere haber cumplido 65 años, residir en España un mínimo de diez años y carecer de ingresos suficientes.
- Pensión de jubilación contributiva: requiere haber cumplido 67 años y haber cotizado mínimo quince años, de los cuales dos deben estar en los quince inmediatamente anteriores, es decir, debe haber cotizado dos años desde que cumplió 52 años hasta que cumpla 67 años.

Para iniciar el proceso de jubilación debe rellenar un modelo de solicitud pensión de jubilación, que deberá presentar en cualquiera de los centros de atención e información de la Seguridad Social del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Nuevamente le remitimos al enlace:

<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45370>

5. INGRESO MÍNIMO VITAL

Este año el Gobierno de España ha introducido una nueva prestación denominada ingreso mínimo vital, dirigida a personas que carecen de rentas, para obtener dicho ingreso es necesario tener residencia legal en España, encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, es decir, que los ingresos de un mes sean inferiores al salario mínimo (950 €), para obtener esta cantidad se tienen en cuenta las rentas de todas las personas que convivan con el usuario, se deben haber solicitado todas las prestaciones a las que pudiera tener derecho, y tienen que haber sido denegadas, el ingreso mínimo vital es la última opción para el caso en el que no tuviera derecho a ninguna de las prestaciones mencionadas anteriormente, y finalmente si el usuario no está trabajando debe estar inscrito en el paro. La solicitud para obtener esta prestación debe presentarse en la sede electrónica de la Seguridad Social en el siguiente enlace: <https://imv.seg-social.es/> debe pinchar en “solicitar ingreso mínimo vital” y seguir las instrucciones, deberá aportar una determinada documentación.

Por último, nos gustaría decirle que esperamos haberle ayudado con su duda, y volver a agradecerle una vez más la confianza depositada en nosotras. Si por cualquier motivo no hubiéramos respondido todas sus preguntas, no dude en volver a ponerse en contacto con la clínica, estaremos encantadas de ayudarle.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

La situación y la posición de las personas con VIH que se infectaron a finales de la década de 1990, incluso antes de que se autorizasen los primeros tratamientos antirretrovirales, muestra la discriminación estructural existente basada en la indeferenciación, que se produciría cuando el legislador no diferencia ante situaciones distintas. Esta sería la discusión si las personas con VIH deben ser incluidas en la categoría de 'personas con discapacidad', para beneficiarse de los instrumentos legales de derecho antidiscriminatorio que están vigentes en España, o deben reivindicar que hay una regulación específica para las 'personas con enfermedad crónica' y de ese modo subrayar la situación de discriminación específica en la que viven.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Una persona con VIH, carga viral indetectable, de 51 años, con residencia en Andalucía, pregunta acerca de la posibilidad de solicitar la jubilación anticipada. Según cuenta, lleva más de 25 años en tratamiento, que le ha producido un envejecimiento prematuro que le impide trabajar.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

- Consideramos oportuno para dar una respuesta más ajustada a su situación que nos facilite los siguientes datos:

- La situación laboral actual: si actualmente está trabajando, cuál es su profesión habitual y el tiempo de cotización a la Seguridad Social. En caso

de no estar trabajando, ¿está percibiendo algún tipo de ayuda o subsidio por desempleo?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)¹

- . Constitución española

Artículo 39. Aseguramiento de la protección social y económica

- . Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Artículo 1. Propósito

- . Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Artículo 66. Solicitudes de iniciación

Artículo 68. Subsanción y mejora de la solicitud

Artículo 76. Alegaciones

- . Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 193. Concepto de incapacidad permanente contributiva

Artículo 194. Grados de incapacidad permanente

Artículo 195. Beneficiarios

Artículo 200. Calificación y revisión

Artículo 208. Jubilación anticipada por voluntad del interesado

- . Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

Artículo 4. Titulares de los derechos

-. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Artículo 4. Grado de minusvalía

Artículo 5. Valoración

Artículo 6. Competencias: titularidad y ejercicio

Artículo 7: Competencia territorial

Artículo 8. Órganos técnicos competentes para la emisión de dictámenes técnico-facultativos

Artículo 9. Valoración y calificación del grado de minusvalía

Artículo 10. Resolución

Anexo 1A. Capítulo 6. Sistema hematopoyético

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²

-. Sentencia del TSJ de A Coruña, de 27 de abril de 2018 (F.J. Único)

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³

-.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-. Diferencias entre discapacidad e incapacidad: <https://loentiendo.com/diferencias-discapacidad-incapacidad/>

² Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

³ Se explicará su utilidad para la respuesta.

- Informe de CESIDA, “Envejecimiento y VIH”:
<https://www.unad.org/ARCHIVO/documentos/ENVEJECIMIENTO-Y-VIH.pdf>
- Revista Española de Geriatria y Gerontología, “La infección por VIH como causa del envejecimiento acelerado y fragilidad”: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-avance-resumen-la-infeccion-por-vih-como-S0211139X17300999>
- Procedimiento de solicitud del grado de discapacidad en Andalucía:
<https://cuidadores.unir.net/informacion/prestaciones-y-tramites/discapacidad/1947-reconocimiento-de-discapacidad-en-andalucia-2>
- Solicitud del grado de discapacidad (Junta de Andalucía):
<https://cuidadores.unir.net/images/pdf/0018093DR-2.pdf>
- Jubilación anticipada por voluntad del trabajador (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/2528>
- Blog Stop Sida, “VIH y el grado de incapacidad laboral: obtención y revisión de incapacidad”, <https://masmorbomenosriesgo.es/2019/04/11/vih-y-el-grado-de-incapacidad-laboral-obtencion-y-revision-de-incapacidad/>
- Iberley, “Procedimiento para el reconocimiento de una prestación contributiva por incapacidad permanente”:
<https://www.iberley.es/temas/procedimiento-reconocimiento-incapacidad-permanente-9291>

Respuesta fundamentada⁴

Estimado usuario, antes de nada, le queremos dar las gracias por confiar en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá para recibir asesoramiento legal sobre su situación.

⁴ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

Gracias a la confianza depositada vamos a poder mejorar nuestro aprendizaje aplicando nuestros conocimientos a un caso real.

ÍNDICE

1. Diferencia entre discapacidad e incapacidad
2. Reconocimiento de una discapacidad
3. Ámbito laboral
 - 3.1. Incapacidad
 - 3.2. Jubilación anticipada
 - 3.2.1. Jubilación anticipada (requisitos generales)
 - 3.2.2. Jubilación anticipada por enfermedad
4. Conclusiones

1. Diferencia entre discapacidad e incapacidad

Antes de comenzar con la resolución del caso, creemos pertinente que debe quedar clara la diferencia entre los conceptos de discapacidad e incapacidad.

Las personas con discapacidad, definidas en el art. 4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, son aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Por tanto, podríamos decir que son personas que presentan ciertas limitaciones para el desarrollo de algunas tareas de su vida cotidiana. Sin embargo, para que legalmente sea admitida una discapacidad, las Comunidades Autónomas deben reconocer un grado igual o superior al 33%.

De otro lado, la incapacidad está relacionada con el ámbito laboral, puesto que supone que un trabajador no esté capacitado para trabajar en general o para realizar un determinado trabajo en particular, dependiendo del grado de incapacidad reconocido.

2. Reconocimiento de una discapacidad

Como ya hemos mencionado, la discapacidad está ligada a deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad.

En ese sentido, debemos tener en cuenta que se ha demostrado que la presencia del virus conlleva el denominado “envejecimiento prematuro”. Esto supone que, incluso los pacientes con una carga viral indetectable posean un estado inflamatorio en el organismo que favorece un envejecimiento precoz del sistema inmune. En consecuencia, y si bien el sistema inmunológico se desgasta con la edad, el VIH produce un envejecimiento precoz del sistema inmune.

Antes de comenzar a explicar el procedimiento de reconocimiento de discapacidad es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

- Ser español o extranjero residente legalmente en España y estar empadronado en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en el caso en concreto)
- Poseer una discapacidad física, sensorial o mental

Además, se debe completar la solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad y presentarla (junto con el resto de documentación necesaria) presencialmente o por internet. Si se presenta de forma presencial se debe hacer en los Centros de Valoración y Orientación o en las Delegaciones territoriales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.

Una vez hecha la presentación, el solicitante recibirá la citación para la valoración, que será llevada a cabo por un grupo de expertos que evaluarán los aspectos o características de las personas que influyen en la discapacidad aplicando los baremos contenidos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento y declaración del grado de discapacidad.

La valoración de las situaciones de discapacidad y la alegación de su grado se efectuará previo examen de la persona interesada por los/as profesionales competentes, y atendiendo a su condición de salud concreta, es decir, su diversidad sensorial, física o psíquica, teniendo también en cuenta los factores socioeconómicos de su situación. Todo ello, teniendo en cuenta las capacidades para las actividades básicas de la vida diaria.

En este punto, resulta necesario hacer un inciso en lo que respecta a la valoración de la discapacidad. Como ya se ha mencionado, para dicha valoración se tienen en cuenta tanto discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales como los factores

sociales complementarios (factores familiares, económicos, laborales, culturales y del entorno).

Para esta segunda cuestión existe un Baremo de Factores Sociales Complementarios, que valoran una serie de situaciones que pueden limitar la integración de personas afectadas por una discapacidad. Estos factores solo se tendrán en cuenta en caso de que se haya determinado que existe una discapacidad superior al 25%. En tal caso, según el criterio de los profesionales, se calculará un valor absoluto en función de esos baremos que se sumará a la puntuación de la discapacidad que se haya determinado, sin que pueda sumar más de 15 puntos.

Algunos ejemplos de dichos factores sociales son: problemas graves en miembros de la familia, ausencia de miembros responsables de la unidad familiar, relaciones intrafamiliares que dificulten la integración del discapacitado, los ingresos familiares, situación de desempleo, etc.

La persona interesada recibirá en el domicilio una notificación del grado de discapacidad. Dicha notificación y por imperativo legal, deberá contener en todo caso el diagnóstico, tipo y grado de discapacidad, así como las puntuaciones obtenidas en los baremos para determinar la necesidad de la ayuda de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos.

De otro lado, es la Comunidad Autónoma de Andalucía, en concreto el Director General de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales quién resolverá la solicitud.

Una cuestión importante y que ya hemos mencionado es que para que legalmente sea admitida una discapacidad, las Comunidades Autónomas deben reconocer un grado igual o superior al 33%. No obstante, el reconocimiento no implica por sí solo el hecho de que se vayan a conceder prestaciones económicas.

Otra cuestión a tener en cuenta es que existe una dificultad de reconocimiento de la discapacidad en el caso concreto al presentar la interesada una carga viral indetectable del VIH. De hecho el RD 1971/1999, de 23 de diciembre habla de discapacidad nula en el caso de VIH cuando los síntomas o signos existan pero son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad del sujeto para realizar las Actividades de la Vida Diaria.

En caso de denegación de la solicitud de discapacidad se puede interponer un recurso de reclamación administrativo previo a la vía de la jurisdicción social. Dicha

reclamación previa, deberá estar convenientemente fundamentada, con las pruebas necesarias que supongan que el órgano decisor de la discapacidad, ha cometido un error en la apreciación de las lesiones.

Ello es importante ya que, el motivo de que sea rechazada puede ser que la valoración del EVI (Equipo de Valoración de Incapacidades) no haya sido la correcta, o incluso, que el funcionario que resuelve no se haya leído correctamente las valoraciones del médico con el que pasaste el tribunal médico. Por esto, será necesario contar con las pruebas necesarias que prueben tal situación.

En el caso de que la Comunidad Autónoma, dicte resolución desestimatoria de la reclamación previa, únicamente, queda la posibilidad de reclamar, en el plazo de 30 hábiles días ante los Juzgados de lo Social.

La reclamación previa, se trata de un escrito que aunque no es necesario realizarlo mediante Abogado, sí es conveniente, para fundamentar adecuadamente dicha reclamación de revisión de la denegación del grado de discapacidad, y configurar la posibilidad de acudir a la vía judicial, siempre que venga nuevamente denegada la contestación a dicha reclamación previa.

Como ya se ha mencionado, el art. 4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad dispone que para que legalmente sea admitida una discapacidad, las CCAA deben reconocer un grado igual o superior al 33%. Sin embargo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no exige ningún porcentaje mínimo para que legalmente sea admitida.

3. Ámbito laboral

3.1. Incapacidad

Las personas con VIH tienen derecho a una serie de prestaciones de la Seguridad Social, siempre que cumplan los requisitos legales. Una de ellas es la prestación por incapacidad laboral.

Como ya se ha explicado, la incapacidad supone la falta de aptitud del trabajador en el desarrollo de su actividad laboral. El art. 194 de la Ley General de la Seguridad Social distingue cuatro grados en los que se clasifica la incapacidad permanente:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: ocasiona al trabajador una disminución de su rendimiento normal para dicha profesión,

que debe ser superior al 33%, aunque no le impide dedicarse a la misma u otra profesión.

- Incapacidad permanente total: Impide a la persona realizar dicha profesión, pero puede dedicarse a otra diferente.
- Incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajos
- Gran invalidez: la persona necesita la asistencia de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria a causa de pérdidas anatómicas o funcionales.

El procedimiento para el reconocimiento de una prestación contributiva por incapacidad a solicitud del interesado se debe hacer cumplimentando el modelo oficial de solicitud de la incapacidad permanente y aportando la documentación que se indica en él ante los Centros de Atención e Información del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Los interesados podrán precisar o completar los datos del modelo, acompañando los elementos que estimen oportunos, los cuales serán admitidos y tenidos en cuenta por el órgano administrativo.

Los datos que se deben incluir obligatoriamente al tenor del art. 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre son: nombre y apellidos del interesado, medio electrónico de contacto, hechos, razones y petición que se concrete, lugar y fecha, etc. También es importante acompañar a la solicitud el DNI y la certificación de cotizaciones a la SS de la última o últimas empresas.

Cuando falten cualesquiera de los datos o documentos preceptivos, se requerirá al interesado para que subsane la omisión en el plazo de diez días, teniéndosele por desistido si así no lo hiciera.

Los interesados podrán aportar, si obra en su poder, copia original del historial clínico elaborado por el Servicio Público de Salud competente o, en su caso, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio, así como los historiales, pruebas y exploraciones complementarias de centros e instituciones sanitarias que consideren conveniente.

Las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social serán competentes para la instrucción del procedimiento realizando de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deben dictar la resolución, así como para la

evaluación y calificación de la incapacidad, ordenadas al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente. En esta fase se requerirán para la acreditación de los requisitos necesarios para la resolución de la petición los siguientes informes:

- Historial clínico
- Dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades
- Cumplimentación del informe de cotización, elaborado por una entidad gestora

Instruido o finalizado el procedimiento, éste se comunicará al interesado/a, que dispondrá de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos que estime convenientes. Se podrá prescindir del trámite de audiencia, cuando no figure en el procedimiento, ni hayan de ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones ni pruebas que las aducidas por el interesado.

Los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados, sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados, por lo que podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones.

La resolución expresa dictada declarará el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se puede instar a la revisión de la incapacidad por agravación o mejoría.

En caso de denegación, corresponderá al interesado presentar una reclamación administrativa previa a la vía judicial en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y posteriormente, demanda judicial en materia de prestaciones de seguridad social.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que exige la Ley General de la Seguridad Social que para tener derecho a las prestaciones por incapacidad permanente se deben cumplir una serie de requisitos previos:

- La persona debe estar incluida en el Régimen General de la Seguridad Social y haber sido declarada en la situación de incapacidad.

- Haber cubierto el período mínimo de cotización, salvo que la incapacidad se deba a accidente (sea o no laboral) o a enfermedad profesional, en cuyos casos no se exige ningún periodo previo de cotización.

En este sentido, ya el Tribunal Superior de Justicia ha reconocido que la infección de VIH implica el ya mencionado envejecimiento prematuro, reconociendo la incapacidad a personas a las que tal situación les implicaba un cierto grado de limitación para su actividad profesional habitual. En concreto, este paciente presentaba fragilidad y patología ósea, entre otros síntomas.

Por ello se declaró la incapacidad al determinar que estas patologías resultaban incompatibles con las tareas fundamentales de su profesión habitual, ya que las mismas son incompatibles con el menoscabo funcional y orgánico que le provocan las dolencias declaradas.

No obstante, debemos tener en cuenta que el demandado del caso comentado presentaba una infección de VIH categoría B2, y en este caso la paciente tiene una carga viral indetectable, también dependerá de la profesión habitual que desempeñe y la limitación que le supongan las dolencias que posee.

3.2. Jubilación anticipada

3.2.1. Jubilación anticipada (requisitos generales)

Podrán acceder a esta modalidad de jubilación anticipada los trabajadores, incluidos en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, que reúnan los siguientes requisitos:

- Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad exigida que resulte de aplicación en cada caso.
- Encontrarse en alta o situación asimilada al alta, entre las que se encuentran la situación legal de desempleo, total y subsidiario.
- Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de:
 - 35 años
 - Del período de cotización, al menos 2 años deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar.

Una vez acreditados los requisitos generales y específicos, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

3.2.2. Jubilación anticipada por enfermedad

La edad ordinaria exigida en cada momento podrá reducirse en el caso de trabajadores con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

Podrán solicitar la jubilación anticipada los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, que acrediten:

- Estar en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante.
- Que a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el apartado siguiente y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento.

Las discapacidades en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida y que podrán dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación, son las enumeradas en el artículo 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 206 del Texto Refundido de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%.

Entre las enfermedades a las que hace alusión el artículo anteriormente citado no se encuentra el caso de VIH.

4. Conclusiones

En primer lugar y como se ha mencionado a lo largo del informe, los pacientes con VIH pueden desarrollar el denominado “envejecimiento prematuro”, incluso cuando la

carga viral es indetectable. Dicho envejecimiento prematuro puede afectar tanto al reconocimiento de una discapacidad como al reconocimiento de una incapacidad, puesto que puede conllevar a limitaciones tanto de las tareas de la vida cotidiana como a limitaciones en el ámbito laboral.

En segundo lugar, la discapacidad está ligada a deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales que impidan la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad. En el caso de personas con VIH con carga viral indetectable suele ser muy difícil el reconocimiento de la misma. No obstante, ya se ha explicado el procedimiento para iniciar la solicitud y en caso de denegación, las actuaciones posteriores que se deben realizar: primero un recurso de reclamación administrativo previo y si este es denegado, se podrá acudir a la vía judicial.

Además, en caso de ser denegada se podría alegar la contradicción existente entre la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y la Convención, puesto que, en la primera, para que la discapacidad sea legalmente admitida se exige un grado igual o superior al 33% de discapacidad mientras que, en la segunda, nada se dice acerca del grado mínimo.

En tercer lugar, también cabe la posibilidad de solicitar una incapacidad, formalizando la solicitud descrita mediante el procedimiento explicado. También en este punto debemos mencionar que, cuando se trata de personas con VIH con carga viral indetectable, resulta difícil el reconocimiento de la incapacidad.

Ahora bien, ya existen precedentes en los que los tribunales españoles reconocen la incapacidad en casos en los que el envejecimiento prematuro hace que el paciente posea unas patologías que resultan incompatibles con las tareas fundamentales de la profesión habitual. No obstante, habrá que tener en cuenta el grado de VIH del paciente, la profesión que desempeñe y la limitación que las dolencias que sufra le generen en relación con su profesión.

Por último y en lo que respecta a la jubilación anticipada, existen una serie de requisitos generales y de obligatorio cumplimiento para el acceso a dicha modalidad de jubilación. Además, también cabe la posibilidad de solicitar la jubilación anticipada por enfermedad. Dichas enfermedades se encuentran tasadas en la ley, no haciendo mención alguna del VIH. Por ello, de todas las opciones planteadas la solicitud de la jubilación anticipada es la menos recomendada.



CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27
28801 Alcalá de Henares

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

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook, Twitter e Instagram @ClinicaLegalUAH