



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

CLÍNICA LEGAL

**LA CONTRATACIÓN DE
SEGUROS NO
OBLIGATORIOS POR
PERSONAS CON EL VIH**

Marzo de 2016

María del Val Bolívar Oñoro

*Estudiante del Master Universitario de Acceso a la Abogacía
Universidad de Alcalá*

Miguel Ángel Ramiro Avilés

*Director de la Cátedra Discapacidad, Enfermedades Crónicas y Accesibilidad a los
Derechos - Coordinador de la Clínica Legal
Universidad de Alcalá*



Coordinadora estatal
de VIH y sida

1. ¿POR QUÉ UN INFORME SOBRE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS?

Una de las consultas recurrentes que llegan a la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (en adelante CLFD) versa sobre los problemas que las personas con una enfermedad crónica, en general, y las personas con el virus de la inmunodeficiencia humana (en adelante VIH), en particular, tienen para la contratación de un seguro no obligatorio, generalmente de vida o de salud. En el año 2015 se recibieron un total de 15 consultas en las que se preguntaba si una persona con una enfermedad crónica (el VIH u otra) podía contratar un seguro de vida o de salud; si podía ser expulsada por no haber declarado espontáneamente que se tenía una enfermedad crónica o por haberse producido, en el caso del VIH, la seroconversión después de haber contratado el seguro; o si los incrementos de precio de la póliza, en algunos casos de más del 50%, eran justos.

En España, a diferencia de lo que sucede en Países Bajos, Noruega o Francia, la contratación de seguros no obligatorios no es sencilla por parte de las personas con una enfermedad crónica, entre las que se encontrarían las personas con el VIH. El caso francés es especialmente interesante porque es sin duda alguna uno de los modelos más avanzados en la materia. En 1991, el Convenio de Belorgey fijó el marco para que las personas que viven con el VIH y otras enfermedades crónicas pudiesen contratar un seguro de vida con un máximo de 200.000 euros para su garantía como hipoteca. Las aseguradoras renunciaron a una selección del riesgo basada en cualquiera de las enfermedades recogidas en el Convenio. Este convenio está firmado tanto por organizaciones de personas con enfermedades crónicas como por compañías de seguros, bancos y autoridades gubernamentales. En enero de 2007 con el Convenio de AERAS se aumentó el límite hasta los 300.000 euros.

Recordemos que una enfermedad crónica, de acuerdo a la definición aceptada por la Organización Mundial de la Salud, es aquella que tiene una larga duración y por lo general una progresión lenta¹. Estas enfermedades provocan un deterioro del estado de salud que aunque en muchos casos puede ser insignificante y con un tratamiento adecuado la persona puede llegar a tener una esperanza de vida normal, en otros casos la esperanza de vida puede verse mermada seriamente e incluso provocar determinadas faltas o limitaciones físicas o mentales que imposibilitan o dificultan el desarrollo normal de las actividades cotidianas por las personas que las tienen. Siendo éstas incluso la causa del reconocimiento de un grado de discapacidad. Por su parte, el VIH es un virus que infecta las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función. Esa infección produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, con la consiguiente inmunodeficiencia. Cuando la infección está en una fase muy avanzada se aplica el término de síndrome de inmunodeficiencia adquirida (en adelante Sida) y cuando la persona no desarrolla los síntomas se denomina seropositivo asintomático. El VIH puede transmitirse por las relaciones sexuales vaginales, anales u orales con una persona con la infección; por la transfusión de sangre contaminada o el uso compartido de agujas,

¹ OMS: Enfermedades crónicas [Internet]. Organización Mundial de la Salud. (s.f) Recuperado el 2 de Julio de 2015. Disponible en http://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/.

jeringuillas u otros instrumentos punzantes. Asimismo, puede transmitirse de la madre al hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia (transmisión vertical)².

Por otro lado, un seguro, de acuerdo a la definición contemplada en el artículo 1 de la Ley del Contrato de Seguro (en adelante LCS), es un contrato “por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. Aunque la actividad aseguradora está fuertemente regulada, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, se mueve dentro del marco del libre mercado, es decir que las compañías tienen una amplia, aunque no total, libertad para contratar con los clientes que consideren que mayor rentabilidad van a proporcionar a su empresa.

Por lo tanto, por una parte tenemos a las personas afectadas con enfermedades crónicas, que aunque puedan tener determinados problemas de salud son personas con derechos tales como comprarse una casa o viajar, y por la otra parte tenemos a las aseguradoras que como empresas quieren sacar el mayor rendimiento a su negocio. El problema viene cuando estas personas quieren, por ejemplo, comprarse una casa y, como la importancia de tener un seguro de vida para la concesión de un préstamo hoy en día es vital, acuden a solicitar tal seguro y se encuentran que, basándose en su libertad de empresa, las aseguradoras no contratan con ellas.

En definitiva, estamos ante un problema social y jurídico que pone en tela de juicio no solo la discriminación y la limitación de derechos sino también la actividad de las compañías aseguradoras.

El informe explica en primer lugar qué es una clínica legal y qué supone analizar el VIH desde la perspectiva de los derechos. A continuación se expone el marco normativo básico a nivel comunitario y nacional, así como las sentencias más relevantes en el orden civil que afectan a la contratación de seguros. El tercer epígrafe se dedica a exponer los mecanismos de protección de que dispone una persona con el VIH para defender sus derechos frente a una compañía aseguradora, ya sea porque le niega la contratación o porque le deniega el pago de las indemnizaciones pactadas. Se concluye con una reflexión final y una serie de propuestas de reforma normativa.

2. ¿QUÉ ES UNA CLÍNICA LEGAL?

2.1. ¿Qué es una clínica legal en materia de VIH?

La Clínica Legal que la Coordinadora Estatal sobre VIH y Sida (en adelante CESIDA) tiene a disposición de las personas con el VIH y de las organizaciones que defienden los derechos e intereses de ese colectivo presta sus servicios a través de la Clínica Jurídica per la Justicia Social de la Universidad de València y la CLFD. A través de este servicio, las personas con el VIH pueden hacer consultas sobre temas legales relacionados con el ejercicio de sus derechos o el acceso a determinadas prestaciones o servicios sociales en igualdad de condiciones que el resto de personas sin que se produzca discriminación.

² OMS: VIH/SIDA [Internet]. Organización Mundial de la Salud. (s.f) Recuperado el 2 de Julio de 2015. Disponible en http://www.who.int/topics/hiv_aids/es/.

Estas consultas son estudiadas por las y los estudiantes, que son tutorizados por profesorado universitario y profesionales de la abogacía en ejercicio, y las personas que consultan reciben una respuesta escrita que les ayuda en su proceso de empoderamiento.

Una clínica legal es un programa que combina una función educativa con una función social. En primer lugar, una clínica legal es una metodología de aprendizaje mediante la prestación de un servicio de asistencia jurídica; se trata de trasladar a la formación jurídica el modelo de enseñanza que se sigue en otros estudios (p.e. la Medicina), lográndose una enseñanza práctica y real del Derecho. En segundo lugar, una clínica legal presta dicho servicio a personas o grupos en situación de vulnerabilidad cuyos casos son de interés para la comunidad. Con ambas funciones se pretende que los futuros profesionales de la abogacía estén mejor preparados y que desempeñen su práctica profesional teniendo en cuenta la justicia social. El profesorado universitario que participa en la clínica enseña a las y los estudiantes a cómo ser *buenos profesionales de la abogacía* mientras ayudan a personas, que no tienen recursos o están en una situación de vulnerabilidad, a defender sus derechos e intereses. Este método de enseñanza facilita que las y los estudiantes se metan en el rol de abogado, aprendan de su propia experiencia, favoreciendo que en el futuro tengan mayor habilidad para representar a sus clientes, y que desarrollen una mayor conciencia social.

Una clínica jurídica especializada en esta materia se justifica porque las personas con el VIH, tanto si son sintomáticas como asintomáticas, se enfrentan a numerosos problemas sociales y jurídicos. La lucha contra la epidemia debe hacerse a través de la Ciencia y la Medicina para prevenir y tratar el VIH, y a través de la Ética y el Derecho para evitar la injusticia social. Esta lucha ha tenido mejores resultados en un campo que en el otro pues a pesar de los avances en el ámbito médico, la sociedad no ha evolucionado y se sigue discriminando a este colectivo. Los avances terapéuticos no se han traducido en un progreso de idéntico nivel en materia de derechos. Las personas con el VIH siguen percibiendo que no disfrutan de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Así, aunque son titulares de los derechos, siguen siendo discriminados por razón de su estado de salud. Esta discriminación se produce tanto en contextos familiares o comunitarios como en contextos institucionales, plasmada esta última en políticas y prácticas institucionales o en la falta de políticas antidiscriminatorias o de procedimientos de reparación. La protección de los derechos de este colectivo de personas es imprescindible para garantizar su dignidad, libertad e igualdad.

Por otro lado, una clínica legal en esta materia permite que las y los (futuros) profesionales de la abogacía que vayan a defender a clientes con el VIH tengan acceso a una formación muy especializada que no se recibe ni en los estudios de Grado ni en los de Posgrado. En la actualidad, las y los profesionales de la abogacía deben entender y hacer entender a un tribunal o a la Administración que el VIH no es una enfermedad mortal, puesto que se han producido grandes avances en su tratamiento y se han realizado numerosos estudios que explican cómo minimizar los riesgos de transmisión hasta hacerlos despreciables. Esto es clave para demostrar que en muchas ocasiones el trato que reciben las personas con el VIH es discriminatorio y supone una vulneración de sus derechos. Así, por ejemplo, un abogado o una abogada debe saber explicar que una persona con el VIH que tenga una buena adherencia al tratamiento, que esté asintomático, con una carga viral indetectable, no supone un peligro significativo para la salud de terceras personas o de compañeros de trabajo y que las medidas de prevención de la transmisión actúan bidireccionalmente por lo que es discriminatorio excluir a todo el

colectivo de personas con el VIH.

2.2. El VIH desde el modelo social basado en los derechos humanos

Este informe analiza la regulación que existe en España sobre la contratación de seguros y cómo afecta a los derechos de las personas con el VIH. Dicho análisis se hace desde los derechos humanos, lo cual supone que el VIH no se entienda como una cuestión meramente personal sino como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales.

Una respuesta adecuada al VIH no debe basarse exclusivamente en las exigencias de la salud pública (control de la infección, identificación de las personas infectadas, provisión de tratamiento) sino que también debe tener en cuenta las exigencias propias de los derechos humanos, tal y como se viene afirmando desde que se organizase la *Primera Consulta Internacional sobre el Sida y los Derechos Humanos* en 1989³. Es preciso encontrar un equilibrio que conjugue ambas exigencias pues no son excluyentes sino que están interconectadas ya que «respetar los derechos humanos es la forma más segura de animar a las personas a que participen en programas de salud pública que ofrezcan pruebas de detección, asesoramiento, educación, comunicación a la pareja y tratamiento»⁴.

A pesar de los grandes avances que ha habido en la identificación del virus, en el control de la infección reduciendo, por ejemplo, la transmisión vertical, y en la simplificación de la medicación antirretroviral reduciendo, por ejemplo, el número de pastillas diarias que deben tomarse, las personas con el VIH siguen encontrándose con barreras sociales e institucionales formadas por una serie de actitudes negativas, basadas en prejuicios, miedos e ignorancia. Son el primer eslabón de lo que se ha denominado *cadena de la inaccesibilidad* y que afectan negativamente al disfrute de los derechos que tienen reconocidos. El análisis del VIH desde los derechos humanos quiere romper con esas cadenas y para ello se requiere reflexionar acerca de cómo los principios en que se fundamentan esos derechos, y muy particularmente el principio de igualdad, son de aplicación en el contexto particular del VIH⁵.

La protección de los derechos humanos es un factor esencial tanto para proteger la dignidad de las personas con el VIH cuanto para dar una respuesta efectiva que disminuya la extensión de la epidemia. Esto exige el reconocimiento, la protección y el desarrollo real y efectivo tanto de los derechos civiles, como de los derechos políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales ya que, según señalan el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y ONUSIDA, en aquellas sociedades donde los derechos humanos están garantizados de manera efectiva disminuyen las tasas de

³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida, *Informe sobre la Consulta Internacional sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos*, 1989, HR/PUB/90/2, accesible en www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf.

⁴ Lawrence O. Gostin y Zita Lazzarini, *Human Rights and the Public Health in the AIDS Pandemic*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. xiv-xv.

⁵ Rafael de Asís Roig, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, I. Campoy y A. Palacios (eds.), Madrid: Dykinson, 2007, pp. 17-50.

nuevas personas que se infectan y las personas con el VIH tienen mejores herramientas para enfrentarse al estigma y a la discriminación que están asociados al VIH⁶. Así, por ejemplo, una persona con el VIH que sienta que su derecho a la confidencialidad de los datos de carácter personal está garantizado tendrá un reforzamiento de su motivación a buscar asistencia sanitaria, a iniciar el tratamiento antirretroviral, lo cual tendrá como efecto un mejor control de la infección y una disminución del riesgo de transmisión del virus a terceras personas.

El análisis del VIH desde la perspectiva de los derechos va a mostrar la importancia que tiene la dignidad humana, la titularidad de los derechos y el disfrute de los derechos en igualdad de condiciones para las personas con el VIH. El pleno reconocimiento y respeto de los derechos de las personas con el VIH determina que el VIH no pueda enfocarse como una cuestión meramente personal sino como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales que no tienen presente en su diseño la situación de todas las personas⁷. El enfoque del VIH desde los derechos humanos determina que, al igual que ocurre con las personas con discapacidad⁸, no sea la persona quien tiene que adaptarse a un entorno normalizado sino que es el entorno (no sólo físico, sino también intelectual, comunicacional y actitudinal) el que debe rediseñarse de acuerdo con unos parámetros inclusivos que posibiliten el acceso de las personas a todos los ámbitos (y funciones) que están a disposición de cualquier otra persona en condiciones de igualdad. Desde este enfoque se insiste en que la idea de normalidad, que constituye el patrón de acuerdo con el cual se configura el acceso a los diferentes ámbitos de la vida social, no es neutra sino que viene impuesta y obstaculiza la participación de aquellos que no encajan en el modelo estándar⁹.

Asumiendo esta premisa, las limitaciones que las personas encuentran para participar en la sociedad y para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los

⁶ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONUSIDA), *Manual sobre el VIH y los Derechos Humanos para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, 2007, HR/PUB/07/3, accesible en www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookHIV_NHRIs_sp.pdf.

⁷ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2008 p. 103.

⁸ En algunos países (Estados Unidos, Reino Unido, Australia), a diferencia de lo que ocurre en España, las personas con el VIH, sintomáticas o asintomáticas, son consideradas legalmente como personas con discapacidad porque se entiende que la interacción entre su condición de salud y los factores sociales determina que se les atribuya una falta de capacidad, de competencia o de habilidades para realizar determinadas tareas o disfrutar de determinados bienes o servicios en igualdad de condiciones. La adopción del modelo social de discapacidad por el que aboga la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad lleva consigo un concepto amplio de discapacidad en el que se incluyan todas las situaciones caracterizadas por la limitación o imposibilidad de ejercitar una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad, como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos. El concepto amplio incluiría tanto a las personas que tienen una discapacidad, como consecuencia de una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental, cuanto a las personas que la sociedad les atribuye o considera que tienen una discapacidad y, por ende, una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental. En ese concepto amplio las personas con el VIH estarían incluidas pues se tiene en cuenta la interacción entre las personas con el VIH y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas. Las personas con el VIH están condicionadas por un complejo conjunto de factores, muchos de los cuales son creados por el contexto social y muchos de los cuales no son reales sino simples estereotipos.

⁹ Christian Courtis “Discapacidad e Inclusión Social: retos teóricos y desafíos prácticos”, *Jueces para la Democracia*, 51: 2004, p. 7.

demás ya no se consideran naturales sino que se conciben como el producto de una construcción social y de relaciones de poder¹⁰. Dicho de otro modo, estas limitaciones se relacionan de manera directa con la presencia de barreras sociales de diferente naturaleza que es preciso derribar.

La respuesta al VIH basada en los derechos humanos busca la inclusión, lo cual significa que las personas con el VIH deben poder acceder a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. La inclusión significa, pues, que a las personas con el VIH se les deben ofrecer formas de vida y condiciones de existencia tan parecidas como sea posible a las circunstancias habituales de la sociedad a la cual ellas pertenecen, y que, al mismo tiempo, estén en condiciones de aprovecharlas en la mayor medida posible para su desarrollo y máximo nivel de autonomía¹¹.

2.2.1. Las exigencias de la salud pública frente a las exigencias de los derechos humanos

Las enfermedades epidémicas obligan a hacer una reflexión sobre el impacto en los derechos de las personas por varias razones. La primera es que las autoridades pueden afectar los derechos de las personas con medidas que restrinjan la libertad, la autonomía y la privacidad a través de intervenciones de aislamiento, pruebas obligatorias y mapeo de contactos. La segunda es que las enfermedades epidémicas alimentan el ostracismo y el estigma, en particular si se ven afectados comportamientos humanos íntimos (como pueden ser las relaciones sexuales y el uso de drogas).

En esos casos, la enfermedad deja de verse como un proceso puramente biológico y comienza a culpabilizarse a las personas por estar enfermas y ser un vector de la enfermedad. La sociedad a menudo exige saber de qué manera las personas han enfermado y si pueden ser un peligro para la salud de otros. Se reclama, por ejemplo, el ‘derecho a saber’, a que se identifique a todas las personas que tienen el VIH, a que tengan la obligación de advertirlo a las terceras personas con las que se relacionen, y eso hace que las personas con el VIH estén muy preocupadas sobre sus derechos y la no discriminación¹². Es, pues, fundamental, hacer una evaluación del impacto que determinadas políticas públicas o decisiones tienen en los derechos de las personas con el VIH¹³.

Las personas con el VIH están muy preocupadas por el acceso al ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas porque la sociedad las sigue discriminando y estigmatizando por razón de su seropositividad. El análisis del VIH desde la óptica de los derechos humanos implica un cambio que supone no tener exclusivamente en cuenta las exigencias propias de la salud pública sino también las exigencias que provienen de los derechos de las personas con el VIH. Esto obliga a encontrar un equilibrio entre la protección de la salud comunitaria, adoptando medidas

¹⁰ Patricia Cuenca, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2012, pp. 34-35.

¹¹ Rafael de Asís Roig *et al.*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Madrid: Dykinson 2007, p. 24.

¹² Lawrence Gostin, *The AIDS Pandemic*, op.cit., pp. 41-43.

¹³ Lawrence O. Gostin y Zita Lazzarini, *Human Rights and the Public Health in the AIDS Pandemic*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 58-67.

que frenen el desarrollo de la epidemia, y el reconocimiento, protección y desarrollo de los derechos de las personas con el VIH en igualdad de condiciones que el resto de personas. Así, por ejemplo, es posible encontrar un equilibrio entre el derecho al trabajo en el ámbito sanitario de las personas con el VIH, incluso realizando procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental, y la adecuada protección de la salud pública, exigiendo que el personal sanitario con el VIH que realice dichos procedimientos tengan un determinado nivel de carga viral o que cada cierto tiempo pasen un control del estado de salud. Incluso es posible reconocer la virtud que tiene una política pública que pretenda identificar a todas las personas que tienen el VIH en un país –en España se estima que entre el 25-30% de las personas con el VIH no lo saben- pues con ello se mejoraría el control de la infección, pero dicho fin no significa que cualquier medio esté justificado. El respeto de las exigencias que imponen los derechos humanos sería el límite infranqueable.

El lenguaje de los derechos incorporado al tratamiento normativo del VIH determina que las personas con el VIH sean titulares de los mismos derechos que el resto de ciudadanos. La titularidad de los derechos debe ser en igualdad de condiciones sin que pueda producirse discriminación alguna, ya sea directa o indirecta. Esta preocupación ha estado presente desde los inicios de la enfermedad y se debe saber cuándo un trato diferente hacia una persona con el VIH supone o no una discriminación proscrita por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

2.2.2. Generalización de los derechos pero también especificación de los derechos

El análisis del VIH desde la óptica de los derechos muestra que estas personas necesitan tanto de un trato legislativo general (proceso de generalización de los derechos) como un trato legislativo específico (proceso de especificación de los derechos) para así poder combatir la discriminación, ya sea directa o indirecta, que sufren¹⁴.

El proceso de generalización de los derechos supone ampliar el número de titulares de los derechos, bien porque se incorporan nuevas categorías de personas o bien porque ya estando incluidas se refuerzan los mecanismos de protección de los derechos para que no exista un simple reconocimiento formal sino también una plena garantía y un disfrute real y efectivo. La generalización de los derechos supone desarrollar el principio de igualdad ya que implica que todas las personas tienen derecho a disfrutar de los mismos derechos en idénticas condiciones. Esto se consigue mediante normas jurídicas que van dirigidas a todas las personas, sin tener en cuenta sus características individuales, de tal forma que los bienes, servicios y derechos deben ser accesibles a todas ellas. Si se diera el caso de que algún bien, servicio o derecho no pudiera disfrutarse por alguna persona en las condiciones normales, pues puede ocurrir que el bien, servicio o derecho no pueda articularse de forma tan perfecta que cubra las necesidades de todas las personas, se debe garantizar su accesibilidad mediante los ajustes, modificaciones o adaptaciones que sean necesarios y razonables.

El proceso de especificación supone reconocer que un determinado grupo de personas que tradicionalmente ha estado excluido, necesita apoyos suplementarios de carácter temporal para lograr una plena equiparación con el resto de la población. Los

¹⁴ Gregorio Peces-Barba, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 110-115 y 120-129.

ajustes razonables tomarían en consideración una serie de atributos a los que se otorga relevancia normativa para justificar un trato diferenciado para aquellas personas que son diferentes. Si no se procediese a la adaptación, pudiéndose hacer, entonces se estaría discriminando a las personas pues se les estaría dando un trato diferenciado, perpetuando una barrera, que no estaría justificado.

Por tales motivos, por ejemplo, debe garantizarse el acceso a la función pública de las personas con VIH en igualdad de condiciones que el resto de las personas ya sea considerando que el VIH no es relevante normativamente para impedir que concurren a las oposiciones, o ya sea considerando que el VIH es normativamente relevante para establecer un ajuste razonable y con ello permitir que mantengan su puesto de trabajo. Así, el VIH no debería ser incluido como criterio descalificador en los procesos de selección pues, sin perjuicio de la legalidad y legitimidad de estas causas de exclusión, «en muchas ocasiones se establecen con una cierta ligereza, cuando no con una deliberada amplitud que roza o entra de lleno en la arbitrariedad, y que no es coherente con el marco general»¹⁵. Sólo debería ser admisible una exclusión a un determinado puesto de trabajo en la función pública, que afecte a las personas con el VIH, si la desventaja es absolutamente incompatible con las funciones esenciales asignadas a dicho cargo¹⁶. En otras palabras, la exclusión estaría justificada si la restricción impuesta es absolutamente necesaria y útil para el cumplimiento de las tareas esenciales –y no simplemente accesorias o prescindibles- que la persona seleccionada debe desempeñar¹⁷.

2.2.3. Accesibilidad

Ambos casos, la generalización y la especificación, permiten que las personas con el VIH accedan a los derechos en igualdad de condiciones. En general, la accesibilidad es una discusión que concierne a todas las personas pues con ella se construye el entorno social y de ella depende la idea de autonomía personal. El ejercicio de un derecho -de cualquier derecho- por parte de una persona -de cualquier persona- sólo es posible si es accesible, esto es, si se disponen los medios necesarios y se dan las condiciones adecuadas para que una persona cualquiera pueda disfrutar del conjunto de facultades que hacen reconocible al derecho del que es titular. La autonomía, pues, debe entenderse no sólo como la ausencia de barreras sino también como la presencia de las condiciones adecuadas. De nada sirve ser titular de un derecho si el acceso al mismo está lleno de obstáculos y de barreras o si no existen las condiciones adecuadas que permitan que una persona pueda disfrutarlo.

Aunque todas las personas podemos toparnos con alguna barrera a lo largo de nuestra vida, algunas personas, entre las que se encontrarían las personas con el VIH, se encuentran en determinadas situaciones con muchas más barreras, con barreras

¹⁵ Ricardo Esteban Legarreta y Jorge Pérez, “La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad y colectivos con dificultades. El planteamiento del Estatuto Básico del Empleado Público”, *El Empleo Público y Las Personas con Discapacidad*, AJ Martínez (coord.), Madrid: Cinca, 2009, pp. 13-104.

¹⁶ Patricia Cuenca, “Accesibilidad, ajustes razonables y barreras de acceso de las personas con VIH a la función pública”, en *VIH y Accesibilidad en Tiempos de Crisis*, M.A. Ramiro (ed.), Madrid: Dykinson, 2014, pp. 111-135.

¹⁷ Miguel A Ramiro Avilés, “El VIH como barrera de acceso a la función pública: dos casos de clínica legal”, op. cit., p. 148.

específicas y con barreras más graves y más difíciles de superar. Las personas con el VIH se encuentran con infinitud de barreras actitudinales, que figurarían entre esas barreras que son más difíciles de superar. Una barrera es «todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno/os de los ámbitos de la vida social»¹⁸.

Aunque tradicionalmente se ha asociado la idea de barrera a un componente físico o institucional, los instrumentos normativos más recientes insisten en que las barreras también pueden producirse por cualquier condicionante social. Las barreras actitudinales con las que se enfrentan las personas con el VIH forman parte de un proceso de estigmatización en el que se crean estereotipos, prejuicios y discriminación¹⁹. Los estereotipos hacen referencia al conocimiento o a las actitudes hacia grandes grupos de personas y pueden ser tanto positivos como negativos; los prejuicios aparecen cuando las personas atribuyen estereotipos negativos y consecuentemente generan reacciones emocionales negativas; la discriminación supone, como veremos más adelante, que a esos grupos a los que se les ha atribuido un estereotipo negativo se le trata de forma diferente sin existir una causa que lo justifique. En el caso de las personas con el VIH este proceso de estigmatización supone que se les atribuye un estereotipo negativo por su supuesta peligrosidad, lo cual les perjudica en el disfrute de sus derechos. La estigmatización conlleva discriminación ya que se les van a imponer una serie de restricciones en el ejercicio de sus derechos que son excesivas pues existen otras medidas menos lesivas. Se les va a imponer un curso de acción que es diferente al que va a seguir el resto de los ciudadanos, cuando no existe ninguna razón que lo justifique pues existen medidas alternativas que hacen que aquel curso de acción sea desproporcionado e irracional. Así se construye la barrera actitudinal.

El acceso al ejercicio de los derechos debe ser universal y sólo cabría excluir a una persona o a un determinado colectivo de personas del acceso a un derecho, o a alguna de las facultades que lo integran, bien porque los ajustes necesarios se consideren que no son razonables o bien porque el sistema jurídico haya dispuesto de alguna exclusión o limitación en cuanto a los titulares. Así, una persona con el VIH que se haya seroconvertido una vez que ha ingresado en la Guardia Civil podrá seguir formando parte de este instituto armado, adaptando en caso de que fuera necesario su destino, pero mientras sea guardia civil no podrá ejercer el derecho a la sindicación pues nadie que pertenezca a ese instituto armado puede hacerlo. En el ámbito del VIH, muchos de los criterios de exclusión podrían tener sentido al inicio de la epidemia, cuando se desconocía casi todo del VIH y no existían tratamientos antirretrovirales, pero en la actualidad esos criterios de exclusión se han convertido en barreras que impiden la accesibilidad universal.

La accesibilidad es la condición ineludible para el ejercicio de todos los derechos y es la primera estrategia para romper barreras, esto es, para derribar todo aquello que dificulta o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno de los ámbitos de la vida social. A través de la accesibilidad, que debe ser universal, haciendo que los servicios, bienes y derechos puedan ser utilizados por el mayor número de personas en igualdad de condiciones.

¹⁸ Rafael de Asís Roig *et al.*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, op.cit., p. 58.

¹⁹ Shirli Werner “Public stigma and the perception of rights”, *Research in Developmental Disabilities*, 38, 2015, pp. 262-271.

3. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El marco legal y jurisprudencial no puede ser ajeno a las exigencias que derivan de los derechos de las personas con el VIH pues si bien las compañías aseguradoras tienen un amplio margen de discrecionalidad y autonomía, éste no puede ser de tal magnitud que anule lo dispuesto en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares.

3.1. Marco legal

Los seguros es una materia fuertemente regulada tanto por normativa interna como por normativa comunitaria.

3.1.1. *Ámbito Comunitario*

En el ámbito comunitario las normas con mayor peso en el ámbito de los seguros revisten la forma de Directivas pues su empleo está previsto para desarrollar el mercado interior, dentro del cual se encuentra la actividad aseguradora. Es importante tener en cuenta que las Directivas de la Unión Europea pasan por un proceso de transposición a nuestro derecho interno y, en ocasiones, se producen incidencias debido a la incorrecta transposición de la Directiva o la necesidad de adaptar numerosos elementos de la normativa nacional para adaptarse a lo regulado en la Directiva.

Las Directivas son un instrumento normativo que obliga a todo Estado Miembro destinatario en lo referente al resultado que haya de alcanzarse, aunque dejan a las instancias nacionales la competencia para fijar la forma y los medios necesarios para conseguir aquel resultado²⁰. Por ello, incluso antes de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, la Ley 33/1984, sobre Ordenación del Seguro Privado²¹, señaló en su Exposición de Motivos la conveniencia de que la regulación nacional del seguro atendiese a las orientaciones de la normativa comunitaria en la materia, en vistas a una previsible adhesión de nuestro país al proyecto europeo²².

Actualmente, la transposición de las Directivas en nuestro país se hace mediante la adaptación de la ley existente en la materia para que sea coherente con la normativa europea. Así ha sucedido con la Ley de Ordenación de Seguros Privados y con la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

Los objetivos principales que han perseguido las Directivas en la materia, han sido establecer un marco común que permita a los aseguradores ejercer sus actividades, crear establecimientos, prestar sus servicios libremente en la Unión Europea y proteger a los asegurados, en particular a los que tienen la condición de personas físicas, para quienes

²⁰ Carlos Molina del Pozo, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Reus, 2015, pp. 253-259.

²¹ España. Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado. Boletín Oficial del Estado, 4 de agosto de 1984, núm. 186, pp. 22736-47 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-17437.

²² Lázaro Cuesta Barberá, *El componente transfronterizo de las relaciones aseguradoras*, Madrid: Fundación Mapfre, 2014, pp. 55-57.

la buena ejecución de los compromisos asumidos por el asegurador puede tener una importancia crucial.

Algunas de las Directivas que más han ayudado a la consecución de estos objetivos son, en orden cronológico y sin ánimo de exhaustividad, la Directiva de Vida de 1979²³; la Directiva 98/78/CE²⁴; la Directiva 2002/83/CE²⁵; la Directiva 2002/92/CE²⁶; y la Directiva 2009/138/CE²⁷. La Directiva de Vida pretendía fundamentalmente facilitar el acceso a las actividades de los seguros sobre la vida y su ejercicio mediante la eliminación de algunas divergencias existentes entre las legislaciones nacionales en lo relativo a las empresas de seguros sobre la vida. Más tarde la Directiva 98/78/CE obligó a los Estados miembros a hacer extensiva la supervisión a cualquier otra entidad que pueda influir en la situación financiera y la actividad de la empresa supervisada, incluidas las compañías vinculadas a la empresa de seguros. Las Directivas 2002/87/CE²⁸, 2005/1/CE²⁹ y 2005/68/CE³⁰ modificaron sucesivamente la anterior directiva con el fin de

²³ Unión Europea. Directiva de Vida de 1979, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio. *Diario Oficial de la Unión Europea L 63*, 13 de marzo de 2011, pp. 1-15. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1979-80093>. Cita en texto: (Directiva de Vida de 1979).

²⁴ Unión Europea. Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre de 1998, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros y de reaseguros que formen parte de grupos de seguros o de reaseguros. *Diario Oficial de la Unión Europea L 330*, 5 de diciembre de 1998, pp. 1-12. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31998L0078>. Cita en texto: (Directiva 98/78/CE)

²⁵ Unión Europea. Directiva 2002/83/CE, de 19 de diciembre de 2002, sobre el seguro de vida. *Diario Oficial de la Unión Europea L 345*, 19 de diciembre de 2002, pp. 1-51. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32002L0083>. Cita en texto: (Directiva 2002/83/CE)

²⁶ Unión Europea. Directiva 2002/92/CE, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación de seguros. *Diario Oficial de la Unión Europea L 009*, 15 de enero de 2003, pp. 3-10. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32002L0092>. Cita en texto: (Directiva 2002/92/CE)

²⁷ Unión Europea. Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). *Diario Oficial de la Unión Europea L 335*, 17 de diciembre de 2009. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2009/335/L00001-00155.pdf>. Cita en texto: (Directiva 2009/138/CE)

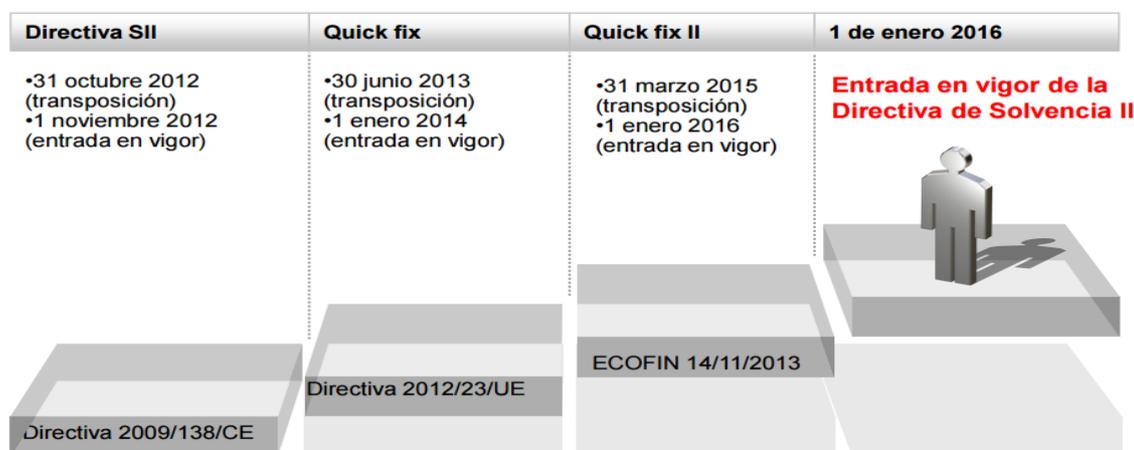
²⁸ Unión Europea. Directiva 2002/87/CE, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea L 35*, 11 de febrero de 2003, pp. 1-27. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l24022b>. Cita en texto: (Directiva 2002/87/CE)

²⁹ Unión Europea. Directiva 2005/1/CE, de 9 de marzo de 2005, por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE y 93/6/CEE del Consejo y las Directivas 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE y 2002/87/CE, a fin de establecer una nueva estructura organizativa de los comités de servicios financieros. *Diario Oficial de la Unión Europea L 79*, 24 de marzo de 2005, pp. 9-17. [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32005L0001>. Cita en texto: (Directiva 2005/1/CE)

³⁰ Unión Europea. Directiva 2005/68/CE, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea L 323*, 9 de diciembre de 2005, pp. 1-50. [consultado 12 diciembre

establecer normas comunes para la vigilancia cautelar de los conglomerados financieros, crear condiciones de competencia iguales así como una seguridad jurídica para los establecimientos financieros interesados, establecer una nueva estructura organizativa de los comités de servicios financieros y fijar normas precisas sobre el acceso a los datos, la cooperación entre las autoridades competentes y las operaciones intragrupo. Para terminar con las Directivas que han afectado desde el inicio a la actividad aseguradora, debemos destacar la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2002/83/CE. Esta última, que pese a su gran aplicación práctica, será derogada junto con la Directiva 2005/68/CE por la Directiva 2009/138/CE (en adelante Solvencia II) que pretende cambiar las normas de la industria del seguro no solo para reforzarla en solvencia sino también para propiciar que estas ofrezcan mejores productos a los ciudadanos. La implantación de Solvencia II conlleva una serie de pasos intermedios en los que se está trabajando y como se puede apreciar en el gráfico elaborado por el Ministerio de Economía y Competitividad de nuestro Gobierno, se prevé que en 2016 entre en vigor³¹.

Evolución de fechas



Finalmente, debemos hacer la precisión de que como en nuestro caso lo fundamental reside en los principios inspiradores, consideramos que aunque se altere la normativa nuestro estudio no sufrirá una variación significativa.

3.1.2. *Ámbito Estatal*

En el ámbito estatal debemos empezar por la Constitución de 1978, de la cual los artículos más importantes en relación al tema en cuestión son el artículo 10.2, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales tomando como guía los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España en la materia; el artículo 14, que consagra el principio de igualdad ante la ley; el artículo 53, que reconoce la facultad de los ciudadanos de recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios mediante procedimiento preferente y sumario; el artículo 96.2, que establece que la normativa internacional forma parte del derecho interno español; y el artículo

2011]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32005L0068>. Cita en texto: (Directiva 2005/68/CE)

³¹ Véase *Proyecto Solvencia II*. (Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España) [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.dgsfp.mineco.es/sector/solvencia2.asp>.

149.1.11, que fija como competencia exclusiva del Estado el establecimiento de las bases de ordenación en el ámbito de los seguros.

A continuación es preciso tener en cuenta el Código Civil³², cuyos artículos más importantes para lo que aquí nos interesa son el artículo 7, sobre la prohibición del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo; el artículo 1255, sobre el respeto a las leyes, la moral y el orden público en materia contractual; el artículo 1269, sobre el dolo civil.

El subsistema normativo aplicable específicamente en la materia se conforma por la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro³³ (en adelante LCS); la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras³⁴ (en adelante LOSSAR); y el Real Decreto 2486/1998, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados³⁵.

La LOSSAR establece en el artículo 94 una serie de principios que deben respetarse en la confección y contratación de seguros: suficiencia, equidad, indivisibilidad, invariabilidad y no discriminación.

Estos cinco principios podemos dividirlos en dos grupos: un primer grupo formado por principios que se derivan directamente de la ecuación de equivalencia entre las aportaciones de los asegurados (primas) y las prestaciones del asegurador y un segundo grupo compuesto por aquellos que no atienden a una razón matemática sino social.

El primer grupo está formado por los principios de suficiencia de la prima, equidad, indivisibilidad e invariabilidad. Funcionando estos en pareja, puesto que una prima cuando atienda a los principios de suficiencia será equitativa y la prima que permita calcular la ecuación deberá ser invariable en la cuantía y el tiempo, es decir indivisible e invariable.

El segundo grupo contiene un principio que es el de no discriminación en la contratación de seguros, pero a su vez este principio puede tener múltiples variaciones en función de que discriminación se trate de evitar. A diferencia de los que pasaba con los anteriores, este no se deriva del principio de equivalencia de la prima, sino que es una construcción legal para permitir el acceso al contrato de seguro a aquellas personas que

³² 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, [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

³³ España. Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de octubre de 1980, núm. 250, pp. 23126 a 23133 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-22501>. Cita en texto: (LCS)

³⁴ España. Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de julio de 2015, núm. 168, pp. 58455 a 58611 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7897. Cita en texto: (LOSSAR)

³⁵ España. Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de noviembre de 1998, núm. 282, pp. 38695 a 38742 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-27047.

se ha detectado que por su pertenencia a un colectivo determinado sufrían problemas a este respecto. Actualmente, nuestra legislación solo lo recoge en relación a la discapacidad dentro del clausulado de la LCS y al sexo dentro del clausulado del artículo 94 de la LOSSAR.

Antes de realizar un desarrollo de la implicación de estos principios, es necesario realizar la precisión importante de que los principios parecen venir referidos a la prima comercial, es decir no solo a la parte que contempla el riesgo para calcular la prima, sino a la prima total en la que se incluye además de lo anterior todos los gastos en los que se incurre a la hora de contratar un seguro.

El *principio de suficiencia* supone que el total de aportaciones de todos los contribuyentes tiene que ser capaz de crear un fondo lo suficientemente grande para pagar a todos los asegurados que mueran en el periodo. El *principio de equidad* es complementario al de su suficiencia puesto que la prima calculada conforme al equilibrio financiero, antes mencionado, no solo será suficiente sino que será equitativo en el sentido de que al asegurado no se le va a cobrar un precio que esté al arbitrio del asegurador. El *principio de indivisibilidad* significa que la prima fijada por el asegurador se ha calculado con referencia a un periodo de tiempo determinado y, precisamente, a la totalidad del mismo; o sea, a la probabilidad de siniestro en cualquier momento de dicho periodo. Por ello, el precio pagado por cada asegurado con vistas a la formación del fondo necesario para que el asegurador pueda cumplir sus compromisos se ha determinado en atención a esta circunstancia. El *principio de invariabilidad* se deriva directamente de la ecuación para el cálculo de la prima, contempla un tiempo determinado, con unas aportaciones determinadas y unos asegurados determinados, por lo tanto no se puede variar la prima porque se rompería la igualdad en la ecuación y no permitiría obtener una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones. Por último, el *principio de no discriminación* tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

En el ámbito de los seguros este último viene aplicado únicamente a la discapacidad (Disposición Adicional Cuarta de la LCS) y al sexo (artículo 94 de la LOSSAR). La no discriminación por razón de discapacidad se incorporó a la LCS por mandato del artículo 14 de la Ley 26/20011, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁶. Se trata de un punto de partida sólido para que las personas con un determinado perfil puedan conseguir la contratación de un seguro. Esta prohibición se ha incorporado al Derecho español por mandato de los artículos 10 y 96 CE, ya que España ha firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁷. El artículo 25 e)

³⁶ España. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pp. 87478 a 87494 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/08/02/pdfs/BOE-A-2011-13241.pdf>

³⁷ España. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2008, núm. 96, pp. 20648 a 20659 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>

de la Convención establece de manera tajante la prohibición de la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros.

En nuestro país, el problema de las normas que intentan eliminar la discriminación por razón de discapacidad es que se producen asimetrías y más cuando lo que se intenta delimitar es un concepto tan complicado como el de discapacidad. Aunque esta prohibición podría parecer sencilla tiene dos grandes problemas que hacen su aplicación muy costosa: la existencia de definiciones divergentes de discapacidad y el límite que impone la propia prohibición mediante el cual se podrá denegar el acceso siempre que esto se encuentre fundado en «causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente».

En relación al primer problema, y debido a la aplicación del modelo social de la discapacidad en el que se basa la Convención, la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Aporta una respuesta basada en los derechos humanos que supone hacer comprender que (todas) las personas son ‘sujetos de derechos’ y no simples ‘objetos de políticas asistenciales’. Por lo tanto, no se trata, en este sentido, de hacer que las personas con discapacidad tengan derechos específicos por ser diferentes (proceso de especificación) sino simplemente de que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (proceso de generalización)³⁸. El problema de la aplicación de este modelo es que en España no se ha adaptado con todas sus consecuencias un modelo social de la discapacidad y el concepto amplio de personas con discapacidad.

En España se considera que una persona es ‘persona con discapacidad’ cuando se le reconoce el grado mínimo del 33%, pues así lo dispone el artículo 4 de la ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. En relación al VIH, el Real Decreto 1169/2003, que modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía³⁹, reconoce distintos grados de discapacidad para personas con VIH que van desde el 0% para los casos más leves al 75% en los casos más graves, apuntando que por imperativo del Real Decreto 1169/2003 para el caso de la coinfección entre VIH y Hepatitis C ha de concederse al menos un 33% por la complejidad clínica que adquieren estos casos⁴⁰.

³⁸ María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca y Miguel A Ramiro, “Capacidad Jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, 2012, pp-53-80.

³⁹ España. Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de octubre de 2003, núm. 238, pp. 36136 a 36138 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/04/pdfs/A36136-36138.pdf>

⁴⁰ España. Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de octubre de 2003, núm. 238, pp. 36136 a 36138 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/04/pdfs/A36136-36138.pdf>. Cita en texto: (Real Decreto 1169/2003)

En resumen, nuestra normativa establece una definición restrictiva del concepto de discapacidad. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, interpretando la Convención pues la UE es parte, considera que existe una discapacidad cuando una persona tiene una enfermedad crónica: «si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78⁴¹».

Si aplicásemos dicha previsión al VIH, tendríamos el caso de una persona que tiene una enfermedad incurable, que le acarrea la limitación de acceso a los seguros, lo que le impide una participación plena y efectiva como persona en la sociedad en igualdad de condiciones. Como esta limitación no será temporal, tal enfermedad debería estar incluida en el concepto de discapacidad y por lo tanto obtener la protección de la prohibición de acceso a los seguros a la personas con discapacidad de la LCS, pero como nuestra normativa exige un grado mínimo para considerar a una persona discapacitada no obtendrá esa protección. Por otro lado, nos encontraríamos con casos en los que se ha concedido un grado de discapacidad porque la persona en un momento determinado pidió este reconocimiento reunía las características necesarias para obtenerlo, pero con el tiempo ha dejado de reunir estas características y la administración ha revisado el grado de discapacidad concediéndole un grado menor. Por lo tanto, si después de esta modificación esta persona se sitúa por debajo del 33%, no se considerará discapacitada en nuestra legislación y no podrá acceder a la protección que prevé la LCS, lo que dificulta aún más el acceso a los seguros a estas personas. Para entender esta problemática podemos pensar en una persona que tenía infección VIH y Hepatitis C y por lo tanto un grado de discapacidad del 33% pero que ha tomado la medicación oportuna y se ha curado de la Hepatitis C, por lo que la administración decide rebajar el grado de discapacidad. Ahora esta persona se encuentra fuera de la protección de la LCS y el problema de acceso sigue estando ahí, pues las aseguradoras a la hora de ofertar un seguro no solo tienen en cuenta las enfermedades actuales sino también las que se han padecido en el pasado.

En relación al segundo problema, es preciso determinar cuando una causa es lo suficientemente justificada, proporcionada, razonable y documentada previa y objetivamente para la denegación de un seguro a una persona con discapacidad. Pues bien, para enjuiciarlo es necesario hacer balance de cada causa por separado pero baste aquí con decir que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/198, existe «una justificación objetiva y razonable cuando está de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»⁴².

Respecto a la no discriminación por razón de sexo, el artículo 94 de la LOSSAR establece que los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso HK Danmark contra Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) y entre HK Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening (C-337/11). Sentencia de 11 de abril de 2013. Considerando 47.

⁴² España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 75/1983, de 3 de agosto. FJ.2.

diferencias en las primas y en las prestaciones de las personas consideradas individualmente, excepto en los contratos de seguro vinculados a una relación laboral, en los cuales se permite la diferenciación en las primas y prestaciones cuando esté justificada por factores actuariales. No obstante, este principio también es enteramente aplicable de forma genérica desde que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Test-Achats (C-236/09)⁴³ declarase la nulidad, a partir del 21 de diciembre de 2012, de una exención de la legislación de la UE en materia de igualdad de trato que permitía a los Estados miembros mantener la diferenciación entre hombres y mujeres en las primas y prestaciones aplicables a los clientes particulares.

Por lo tanto, podemos concluir que ya sea por razón de discapacidad o por razón de sexo, nuestra normativa prohíbe de manera expresa la discriminación en la contratación de seguros pero permite la utilización de los instrumentos actuariales para aumentar la prima o denegar la contratación de un seguro a las personas pertenecientes a estos colectivos.

3.2. Marco jurisprudencial

Como hemos visto, la legislación aplicable establece un marco amplio para la prestación del servicio. Serán los tribunales ordinarios civiles los que en muchas ocasiones permiten perfilar los supuestos en los que un seguro se hará o no cargo de un siniestro en el caso de que exista una enfermedad crónica.

Los tribunales para resolver estos casos utilizan fundamentalmente cuatro parámetros que gozan de una aceptación general tanto jurisprudencial como doctrinalmente. Estos parámetros son los siguientes: si se ha cumplimentado un formulario de salud por parte del asegurado; si el asegurado ha contestado a todas las preguntas con buena fe y haciendo honor a la verdad; el momento de aparición de la enfermedad; y las cláusulas particulares del contrato.

Aunque a primera vista podrían parecer cuatro parámetros muy sencillos, en realidad no lo son porque en ellos entran términos tan discutidos como las cláusulas limitativas de derechos o el alcance de la buena fe. Por ello, a continuación vamos a exponer unas breves referencias jurisprudenciales, que ayudan a comprender el alcance de estos parámetros.

3.2.1. Formulario de Salud

El formulario de salud es un documento de vital importancia pues es pacífico que la aseguradora no está obligada a efectuar el reconocimiento médico previo. Por ello, la aseguradora tiene el deber de presentarlo al asegurado antes de la realización del contrato de seguro. Si no lo hace o lo hace de manera incompleta debe, como reconoce la sentencia de la AP de Valencia de 18 de mayo de 1993⁴⁴, «pechar con las consecuencias al haber relevado al tomador del deber de cumplimentar información previa al contrato». Además

⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier y Conseil des ministres (C-236/09). Sentencia de 1 de marzo de 2011.

⁴⁴ España. Audiencia Provincial de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 7ª). Sentencia núm. 318/2013 de 26 junio. FJ.2.

como expone la sentencia de la AP de Pontevedra de 31 de mayo de 1997⁴⁵, si «el tomador del seguro se limitó a firmar, ello equivale a una falta de presentación del cuestionario cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado». No obstante, como establece la STS de 4 de diciembre de 2014, «si consta acreditado, que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad, en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración».

Más allá de que el asegurador pueda incurrir en la falta de diligencia de no haber presentado el formulario de salud al asegurado, el simple hecho de haberlo presentado no implica que el asegurador quede exonerado de pagar la indemnización en caso de siniestro en el caso de que el asegurado padeciese algún tipo de enfermedad, pues señala la STS de 3 de mayo de 2006 que «si el asegurador no hace las oportunas preguntas al tomador del seguro éste se encuentra liberado de las consecuencias de ese deber».

Sin embargo, confeccionar un formulario adecuado por parte del asegurador es más difícil de lo que en principio parece, puesto que, por un lado, las preguntas no pueden ser tan amplias como para que en una pregunta haya que contestar todo el historial médico. Así lo reconocen las sentencias de la AP de Madrid de 22 de enero de 2002 («la compañía de seguros no sometió cuestionario alguno al asegurado cuando le presentó a la firma un documento en el que únicamente constaba una pregunta: “¿Ha padecido o padece alguna enfermedad grave, o tiene alguna limitación física, en caso afirmativo, detállelo a continuación») y de septiembre de 2008 («el cuestionario no puede quedar reducido a una sola pregunta que, de forma genérica, abarque todas las circunstancias que puedan afectar al riesgo. Por tanto, es como si no existiera cuestionario y, consecuentemente, el asegurado no ha infringido ningún deber y la compañía ha de pagar la indemnización»). Pero, por otro lado, como dice la sentencia de la AP de Granada de 29 de mayo de 2009, «es, sumamente importante, que las preguntas, sean concretas», por lo que se pueden dejar muchos campos sin cuestionar.

Por todo ello, se vienen admitiendo formularios como el reproducido en la STS de 14 de febrero de 2014 («"A. ¿Tiene actualmente algún problema de salud?"; "C. ¿Realiza o ha realizado algún tratamiento médico de más de 7 días en los últimos 5 años?"; "F. ¿Ha tenido que interrumpir su actividad profesional, por motivos de salud durante más de quince días consecutivos en los últimos tres años?») pues se entiende que guardan un adecuado equilibrio entre lo que serían preguntas muy generales y preguntas muy concretas. Aun así como declara la sentencia de la AP de Madrid de 7 de mayo de 2014, «no existe una exigencia de forma especial para el mismo» y «dicho cuestionario en modo alguno constituye una cláusula limitativa de derechos».

3.2.2. Buena Fe.

En cuanto a la buena fe, como declara la sentencia de la AP de Barcelona de 6 de junio de 2007, «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».

⁴⁵ España. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 492/2005 de 6 de octubre. FJ.5.

Pero aquí es necesario completar esta afirmación con la STS de 3 de junio de 2008 que dice que serán «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.

En el caso de que no se informe a la aseguradora de estas circunstancias, como declara la sentencia de la AP de Barcelona de 6 de junio de 2007⁴⁶, «la ley sanciona la omisión voluntaria de una enfermedad que se padece en cuanto el conocimiento de la misma pueda trascender a las condiciones contractuales o a la propia celebración del contrato». No obstante reconoce la misma sentencia que «la violación del deber de declaración ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos, atendiendo a si se ha frustrado la finalidad del contrato para el asegurador, al proporcionarle datos inexactos o silenciar los que han de considerarse relevantes, induciéndole a celebrar un contrato que no hubiera concertado de haber conocido la verdadera situación del asegurado. En definitiva, existirá la violación mencionada cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta a la hora de la perfección del contrato sea distinto del en aquel momento realmente existente». Además, también la misma sentencia establece que «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 que afectan decisivamente a la valoración del riesgo». Así, por ejemplo, «cuando el asegurado omite en su declaración previa del estado de salud que está aquejado de una enfermedad tan importante como el VIH, que según su propio médico, se asocia sin duda a diversos tipos de tumores, así como a otras enfermedades graves, ha de apreciarse que el asegurado infringe el deber de lealtad en la declaración previa a la celebración del contrato, que le impone el art. 10.1 LCS. Cuando además el asegurado sufría esa afección desde 10 años antes y se sometía a controles periódicos, no cabe duda que conocía esa afección grave preexistente, y al no haberse acreditado suficientemente que no conociera el contenido exacto del cuestionario que él mismo rellenó y firmó, su ocultación ha de calificarse sino como dolosa, así como con culpa grave, por lo que la denegación del pago del seguro concertado aparece como plenamente justificada, por aplicación del tantas veces citado art.10.3 LCS (...)».

3.2.3. El momento de aparición de la enfermedad

En relación al momento de aparición de la enfermedad, es muy esclarecedora la sentencia de la AP de Mallorca de 20 de septiembre de 2010: «(...) siendo el dolo el error provocado por la actuación insidiosa de una parte contratante como dice el art 1269 del Código civil, es decir, el engaño causado maliciosamente, engaño sugerido a un contratante, haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad, como dice la sentencia de 23 de mayo de 1996, requiriendo un presupuesto subjetivo, la conducta de mala fe, y el objetivo, la gravedad, no aparece en el presente caso, en que no consta que la declaración del asegurado engañara a las aseguradoras, pues no consta que padeciera enfermedad grave, ni consta que fuera la causa de producción del siniestro. Tampoco, por otra parte, se ha pedido en este proceso, el efecto propio de la anulabilidad del contrato. Asimismo, por las mismas razones, no aparece el dolo o culpa grave que contempla el último inciso del párrafo tercero del art. 10 de la LCS para liberar de la obligación de pago de la entidad aseguradora. En las sentencias de instancia, no aparece acreditado el dolo o la culpa, sino una respuesta negativa a una pregunta sobre enfermedad grave, gravedad que no se ha

⁴⁶ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 17ª). Sentencia núm. 178/2014 de 2 de mayo. FJ.2.

declarado acreditada ni tampoco que sea causa o concausa de la producción de la incapacidad, riesgo asegurado».

Es decir, que si la persona toma conocimiento de la enfermedad en el momento de producirse el siniestro, la aseguradora deberá pagar la indemnización, pues el asegurado ha actuado en todo caso conforme a derecho.

Como ya hemos apuntamos, la decisión de realizar este informe se tomó basándose en la multitud de casos que llegan a la Clínica Jurídica de personas que encuentran dificultadas en las relaciones con las compañías aseguradoras a causa de tener una enfermedad crónica. Pues bien, dentro de las consultas, las más frecuentes son las relativas a la comunicación a la aseguradora de la enfermedad tanto antes de la contratación de seguro como después de la contratación. La entrada en vigor de la LOSSAR ha significado un profundo cambio pues en el caso de que se desconozca la presencia de la enfermedad y sobreviene un siniestro, el seguro debe dar cobertura; y en el caso de que se conozca debemos diferenciar dos momentos temporales: antes del 1 de enero de 2016 y las situaciones que se produzcan con posterioridad a esta fecha.

Antes del 1 de Enero de 2016, en caso de que durante la vigencia del contrato de seguro sobrevenga una enfermedad, se deberá informar de la situación a la aseguradora, puesto que, según lo establecido en el artículo 11 de la LCS, deberán comunicarse, tan pronto como sea posible, aquellas situaciones que durante el curso del contrato de seguro aparezcan y agraven el riesgo o sean de tal naturaleza que de ser conocidas por el asegurador éste no hubiese realizado el contrato o lo hubiese realizado en otras condiciones. Una vez comunicada esta situación y de acuerdo a la disposición establecida en el artículo 12 de la LCS, la aseguradora tiene dos formas de proceder:

1. En el plazo de dos meses desde la comunicación del agravamiento la aseguradora podrá proponer una modificación del contrato. Una vez hecha la propuesta se dispondrá de quince días a contar desde la recepción de la propuesta para aceptarla o rechazarla. En caso de rechazarla o de no contestar a la propuesta, el asegurador podrá rescindir el contrato avisando con quince días de antelación. Una vez transcurridos estos quince días, dentro de los ocho días siguientes procederá a la rescisión definitiva del contrato de seguro.
2. El asegurador igualmente podrá rescindir el contrato comunicándolo por escrito dentro de un mes, a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo.

Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2016, la entrada en vigor de la Disposición Final 1.2 de la LOSSAR añade un punto segundo al artículo 11 de la LCS, del que venimos hablando, que establece que en los seguros de personas no se tendrá la obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado pues en ningún caso se considerarán agravación del riesgo. Por lo tanto, en estos casos no se seguirá el procedimiento recogido el artículo 12 de la LCS que antes hemos descrito.

Por lo tanto, debemos saber que si la enfermedad se conoce antes del 1 de enero de 2016, se decide no comunicar esta situación y sobreviene un siniestro, el asegurador podría quedar liberado de su prestación por haber actuado el asegurado con mala fe al conocer la situación y no comunicarla. No obstante, es necesario resaltar que la modificación del artículo 11 de la LCS, no estaba incluida en la redacción originaria del

proyecto de Ley, sino que fue incluida al ser acogida la enmienda número 72 presentada en el Congreso y la motivación de ésta fue que existe un criterio de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante DGSFP) que considera que las aseguradoras deben de trabajar en el sentido de la modificación introducida. Por lo cual, este cambio aunque producirá una repercusión directa a partir de la fecha de entrada en vigor de la LOSSAR, antes de la entrada en vigor existen mayores posibilidades de que se resuelvan las desavenencias entre aseguradora y asegurado, en el supuesto referido, siguiendo lo que establece la LOSSAR gracias al criterio que venía aplicando la DGSFP antes de la aprobación de esta ley.

3.2.4. Las cláusulas del contrato

Finalmente, en relación a las cláusulas del contrato, es muy importante distinguir entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de derecho, puesto las primeras pueden aparecer en las condiciones generales del contrato a través de las definiciones jurisprudenciales, sin embargo las segundas, que es donde suelen residir las exclusiones por enfermedades crónicas, deben ser aceptadas de manera expresa y teniendo conciencia el tomador y el asegurado de lo que se está firmando, pues si esto no pasa no podrán ser usadas por el asegurador.

La sentencia de la AP de Asturias de 26 de octubre de 2015 señala que «las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006)»⁴⁷. Por otra parte, según la STS de 16 octubre de 2000, «la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato»⁴⁸. De igual modo, la sentencia de la AP de Zaragoza de 30 de octubre de 2007 señala que han diferenciarse «las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado -las cuales están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS-, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado»⁴⁹. Y la sentencia de la AP de Valencia de 22 de noviembre de 2013 afirma que «En cuanto cláusula limitativa debe serle de aplicación el art. 3 de la LCS, y a la vista de ello debemos declarar que no afecta al asegurado en cuanto que no fue destacada, y por el abigarramiento del párrafo que la contiene tampoco puede decirse que su redacción sea clara, a la vista de la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su

⁴⁷ España. Audiencia Provincial de Asturias (Sala de lo Civil, Sección 6ª). Sentencia núm. 297/2015 de 26 de octubre. FJ.3.

⁴⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 884/2008 de 26 de septiembre. FJ.2.

⁴⁹ España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil, Sección 4ª). Sentencia núm. 568/2007 de 30 de octubre. FJ.2.

comprensión y percepción»⁵⁰. Aun así, como establece la Sentencia de la AP de Lleida de 14 de Marzo de 2014 en su FJ.2, «Sucede, no obstante, que no es siempre fácil distinguir las cláusulas delimitadoras del objeto del seguro con las limitativas».

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Este apartado va a dedicarse a resumir los mecanismos que se disponen para proteger el derecho a la contratación de seguros no obligatorios en condiciones de igualdad en caso de que las aseguradoras no cumplan la legalidad vigente.

El artículo que marca la ruta a partir del 1 de enero de 2016 es el artículo 97 de la LOSSAR que pasa a regir los mecanismos de resolución de conflictos en los contratos de seguro. Este mantiene que los jueces y tribunales competentes resolverán los conflictos que puedan surgir entre los intervinientes en un seguro, ya sean tomadores, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes y las entidades aseguradoras. Además, se podrán someter voluntariamente las divergencias a decisión arbitral en los términos de los artículos 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁵¹. El artículo 97 de la LOSSAR añade que las partes también podrán someter sus divergencias a un mediador en los términos previstos en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵² y que en cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de Arbitraje⁵³.

En resumen, las desavenencias entre los intervinientes en un seguro, ya sean tomadores, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes y las entidades aseguradoras se podrán resolver jurisdiccionalmente, administrativamente o recurriendo a la mediación y el arbitraje.

4.1. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos

El inicio de la protección administrativa requiere que de acuerdo a lo establecido en el artículo 97.5 LOSSAR y el artículo 29 de la Ley 44/2002, las entidades aseguradoras tengan un servicio de atención al cliente y nombren un Defensor del Cliente⁵⁴ que

⁵⁰ España. Audiencia Provincial de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 6ª). Sentencia núm. 485/2013 de 22 de noviembre. FJ.3.

⁵¹ 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, pp. 49181 a 49215 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555

⁵² España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2012, núm. 162, pp. 49224 a 49242 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

⁵³ España. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2003, núm. 309, [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en:

⁵⁴ España. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de noviembre de 2002, núm. 281 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en:

cumplan la obligación impuesta de atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos. Son reclamaciones, de acuerdo a lo establecido 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 Pensiones⁵⁵ (en adelante OPR), aquellas que «pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros»; son quejas aquellas denuncien «demoras, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente que se observe en el funcionamiento de las entidades financieras».

En el caso de las reclamaciones, una vez presentada y obtenida la respuesta o habiendo pasado dos meses desde su presentación sin respuesta, se puede acudir a la DGSFP para interponer una reclamación. El procedimiento viene regulado de manera básica en el artículo 30 de la Ley 44/2002 y su desarrollo según la habilitación del artículo que le precede en la OPR. Su admisión depende de que el solicitante esté legitimado y lo estará cuando sea una persona física en su condición de usuario de los servicios prestados por cualquiera de las entidades supervisadas por la DGSFP y siempre que se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos. También se deberá acreditar haber cumplido con el trámite previo de reclamación ante el servicio de atención al cliente y que la respuesta de la entidad haya sido negativa, que este servicio no haya admitido a trámite la reclamación o hayan pasado dos meses sin que se haya resuelto. Además es necesario adjuntar toda la documentación relativa a la cuestión de la que se disponga e indicar en todos los casos los datos del reclamante, la identificación de la entidad reclamada y el motivo de la reclamación -deberá ser el mismo que consta en la reclamación previa- que deberá contener en su redacción una declaración expresa de que no se encuentra pendiente de resolución o litigio ante órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales. Después se deberá indicar el lugar, la fecha y firmar la solicitud. Para facilitar la cumplimentación de este trámite la DGSFP dispone de un formulario a tal efecto⁵⁶, que se puede presentar en soporte papel⁵⁷.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22807>. Artículo 29.1, párrafo segundo, «Dichas entidades podrán, bien individualmente, bien agrupadas por ramas de actividad, proximidad geográfica, volumen de negocio o cualquier otro criterio, designar un Defensor del Cliente, que habrá de ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, y a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga su reglamento de funcionamiento, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros».

⁵⁵ España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de noviembre de 2012, núm. 281, pp. 81342 a 81351 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14363>. Cita en texto: (OPR)

⁵⁶ DGSFP: Formulario de queja. [Internet]. Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. (s.f) Recuperado el 2 de Julio de 2015. Disponible en

⁵⁷ El escrito debe dirigirse al Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, situado en el Paseo de la Castellana nº 44, 28046 Madrid o por vía telemática con firma

Una vez recibida la reclamación por el servicio de reclamaciones competente por razón de la materia, se verificará la concurrencia de las circunstancias del párrafo anterior y, si se cumplen los requisitos necesarios, se procederá a la apertura de un expediente, en el que se incluirán todas las actuaciones relacionadas con la misma; en caso contrario, se requerirá que se complete la información en el plazo de diez días, con apercibimiento de que si así no se hiciese se tendrá por desistida la reclamación.

Realizada la apertura del expediente, se informará al interesado de que su tramitación se entiende sin perjuicio de las acciones que le asisten para hacer valer sus derechos y de los plazos y cauces para su ejercicio, así como que no paralizará la resolución y tramitación de los correspondientes procedimientos y que su terminación en el informe final del servicio de reclamaciones no tiene carácter vinculante ni la consideración de acto administrativo recurrible. En el plazo de diez días se dará traslado a la entidad contra la que se reclama de una copia de la reclamación formulada y de los documentos aportados, para que presente las alegaciones y documentación que tenga por conveniente en el plazo de quince días hábiles. Recibida la respuesta de la entidad, se dará traslado a los interesados, que podrán manifestar en el plazo de 15 días hábiles su disconformidad, salvo que en la respuesta dada por la entidad no figuren otros hechos, alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado en su escrito de reclamación, en cuyo caso podrá prescindirse de este trámite. Este expediente finalizará con la emisión de un informe motivado en el plazo máximo de cuatro meses desde la presentación de la reclamación, que será notificado a los interesados y a la entidad en el plazo de diez días hábiles. Se pronunciará sobre las cuestiones planteadas y hará constar si se desprende quebrantamiento de las normas de transparencia y protección y las prácticas y usos financieros. En cualquier caso, este informe que no tendrá carácter de acto administrativo recurrible.

Si el informe fuera desfavorable a la entidad reclamada, ésta estará obligada a informar y justificar al servicio de reclamaciones competente si ha procedido a la rectificación voluntaria en un plazo no superior a un mes desde su notificación. En el caso de incumplimiento de este deber se entenderá que la entidad no ha aceptado lo impuesto en el informe.

No obstante, en cualquier caso, el solicitante podrá decidir no continuar con el procedimiento o aceptar lo alegado por la aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro orden que pudieran corresponder.

Las quejas seguirán la misma tramitación que las reclamaciones excepto en lo relativo a los plazos. En este caso el plazo de subsanación de la solicitud será de cinco días hábiles, el de remisión de documentación a la entidad, el de contestación a las alegaciones de la entidad y el de cumplimentación de todos los requerimientos por parte

electrónica, a través de la página web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Para ello se entregará en mano o utilizar la ventanilla única, que son puntos que las Administraciones Públicas habilitan para que los ciudadanos puedan enviar documentos a otras Administraciones Públicas sin coste y con la posibilidad de registrar el día de entrega, cuestión muy importante a los efectos de cómputo de plazo. No obstante, para realizar consultas se pone a disposición de los ciudadanos el teléfono 902 19 11 11, con el siguiente horario: de lunes a viernes laborables de 9:30 a 14:30 h. Todo ello sin perjuicio de que los ciudadanos puedan obtener asesoramiento de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor para el cumplimiento de los trámites.

de la entidad será de diez días hábiles. El de emisión de informe tres meses, salvo que la queja fuese por demora o incumplimiento de una decisión del departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, del defensor del cliente o participe de la entidad contra la que se reclame que será un mes y medio. Y finalmente el de notificación del informe a interesados y entidad de cinco días hábiles.

Una vez explicado el procedimiento previsto para la resolución extrajudicial del conflicto, debemos centrarnos en otras vías entre las cuales está el arbitraje⁵⁸. Las personas que tengan una discrepancia con una aseguradora pueden valerse del Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (en adelante TEAS), creado en 1996 por SEAIDA⁵⁹, que se encarga de la organización del proceso arbitral, velando por la legalidad del mismo, que debe seguirse según lo establecido en el Reglamento del Tribunal Español de Arbitraje de Seguros.

El TEAS está compuesto por el Comité Directivo del Tribunal, que está constituido por una serie de expertos en materia de arbitraje y derecho de seguros, todos ellos miembros de SEAIDA, la Secretaría y las Comisiones. El Presidente del Tribunal es, por derecho propio, el Presidente de SEAIDA y el Secretario es, también, el Secretario General de SEAIDA, que puede delegar sus funciones en cualquier otro miembro de la Secretaría General de la asociación. El Secretario del Tribunal es a quien corresponden la mayor parte de las actuaciones relativas al procedimiento arbitral, pues no solo se encarga de dar traslado a las partes de las decisiones arbitrales, sino que organiza el procedimiento e incluso, puede realizar una primera aceptación o no del encargo arbitral. Junto al Comité Directivo, el TEAS cuenta con tres Comisiones creadas en los Estatutos, la Comisión de Estudios, Informes y Consultas, la Comisión de Conciliación y la Comisión de Designaciones. La primera tiene por misión el asesoramiento de la Secretaría del Tribunal cuando ésta lo considere necesario, así como realizar los Informes y Dictámenes que le puedan ser solicitados. La Comisión de Conciliación tiene como finalidad la dirección del procedimiento de conciliación, alternativo al de arbitraje, que prevé el Reglamento TEAS. La Comisión de Designaciones es la encargada de designar al árbitro o árbitros cuando así lo determinen las partes o el Reglamento. Los miembros de la Comisión de Designaciones no pueden actuar como árbitros en procedimientos administrados por el Tribunal y son elegidos por un año, con posibilidad de ser reelegidos.

Finalmente, no debemos despreciar la opción de acudir al Defensor del Pueblo⁶⁰, que es el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la

⁵⁸ España. Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de noviembre de 2004, núm. 267 [consultado 12 diciembre 2011]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-18908>. Artículo 61.3 «En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje».

⁵⁹ SEAIDA es la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, constituida en 1961 como asociación sin ánimo de lucro, de carácter independiente, cuyo objeto es el estudio del Derecho de Seguros, así como de otras materias que, dentro del campo del derecho y la economía, afecten directamente a la institución aseguradora.

⁶⁰ Las formas de presentar la queja vienen recogidas y explicadas claramente en el siguiente enlace: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Queja/Como/index.html>.

actividad de las administraciones públicas. Cualquier ciudadano puede solicitar su intervención, que es gratuita, para que investigue si la manera de proceder de la DGSFP (órgano administrativo dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad) es ajustada a derecho, pues éste puede investigar cualquier actuación de la Administración pública o sus agentes, presuntamente irregular. Podemos usar este método para trasladarle el problema global que se plantea en este informe, es decir que hay determinadas personas que debido a que tienen una enfermedad crónica se encuentran ante la imposibilidad de contratar un seguro no obligatorio (por ejemplo de vida), lo que conlleva perjuicios de la más diversa índole, y que presente un informe monográfico ante las Cortes Generales sobre ello. Por ello, es posible que este procedimiento no solo ayude a solucionar un caso concreto sino que también puede servir como cimiento para el impulso de una acción que dé lugar al reconocimiento en la ley de los derechos de las personas con enfermedades crónicas en materia de acceso a la contratación de seguros.

4.2. Jurisdiccionales

Una vez realizada la reclamación extrajudicial, la siguiente opción sería la presentación de una demanda, siguiendo lo dispuesto en los artículos 399 y siguientes de la LEC, por incumplimiento contractual, si lo que reclamamos es el incumplimiento por parte de la aseguradora de las prestaciones a las que se obligó en el contrato –en general el pago de la contraprestación en caso de producirse el siniestro-; o por discriminación en el acceso a los seguros, si lo que denunciemos es la negativa a ofertarnos un seguro alegando el padecimiento de una enfermedad crónica.

La reclamación, en ambos casos, se realizará ante el orden civil, pues así lo marcan los artículos 9.2 y 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). En concreto, se presentarán ante los juzgados de primera instancia, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 85.1 LOPJ y 45 LEC, y de entre todos ellos el correspondiente al del domicilio del asegurado, sin admitir pacto en contrario, según lo dispuesto en el artículo 24 LCS y el artículo 52.1.6º y 52.2 LEC.

En el caso de que la demanda fuese por incumplimiento contractual, el procedimiento se sustanciará mediante juicio declarativo ordinario si el importe de lo reclamado, calculado de acuerdo a las reglas del artículo 251 LEC, es mayor de 6.000 euros o verbal si la cantidad es inferior, pues así lo disponen los artículos 249 y 250 LEC. Sin embargo, para el caso de la discriminación, al pretenderse la tutela de un derecho fundamental, el proceso seguirá los cauces del juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía y tendrá carácter preferente de acuerdo a lo establecido en el artículo 249.1.2º LEC.

Será preceptiva la representación por parte de procurador y la defensa técnica por parte de abogado de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 23 y 31 de la LEC. No obstante, si la cuantía reclamada no excede de 2.000 euros, podrán los litigantes comparecer por sí mismos.

Para ser parte es necesario que se posea la capacidad que exigen los artículos 6 y siguientes de la LEC. Baste con decir aquí que las personas físicas en pleno ejercicio de

sus derechos civiles poseen esta capacidad, y si no están en este pleno ejercicio deberán ser representadas.

La persona que reclama el incumplimiento del contrato, como asegurado, al amparo de los artículos 1 y 7 LCS, y como acreedor frente al incumplimiento contractual de la demandada, en virtud de lo dispuesto en los art. 1157 y 1158 del Código Civil, será el legitimado activo y la entidad aseguradora según lo dispuesto por el art. 1 LCS y como deudora por incumplimiento de sus obligaciones contractuales al rechazar su deber de indemnizar, tendrá la condición de legitimada pasiva.

Cuando lo que se pretende es la tutela del derecho a la igualdad derivado de la negativa a ofertar un seguro a una persona con enfermedad crónica, el solicitante será el legitimado activo, pues es la parte que entiende que invoca un interés legítimo, y la aseguradora el legitimado pasivo, porque es la parte que presuntamente ha atentado contra un interés legítimo.

En cuanto a la prescripción de la acción por incumplimiento contractual, ésta será de dos años en el caso de seguros de daños y de cinco si el seguro es de personas, a contar desde que la reclamación pudo ejercitarse, según el artículo art. 1969 del CC. Para la tutela del derecho fundamental a la igualdad, entendemos que no se aplica la prescripción puesto que la acción puede seguir ejercitándose mientras no cese la negativa a contratar y en el caso de que esta cesase lo que se reclama ya no tendría sentido.

Los artículos más importantes de los contenidos en la LCS a efectos de ejercitar esta acción civil por incumplimiento contractual, sin perjuicio de los específicos aplicables a cada caso en concreto, son el artículo 1, que define el contrato de seguro como aquel por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima a realizar una prestación al asegurado en el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura; el artículo 2, que establece que ésta será la ley aplicable a todas las modalidades de contrato de seguro en defecto de ley específica aunque se entenderán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado y finalmente el artículo 18, que rige la actuación de la aseguradora en caso de declaración de siniestro.

Además es necesario apuntar que, según lo contenido en el artículo 20 de la LCS, el asegurado puede pedir intereses a la aseguradora en concepto de mora por no haber pagado ésta la indemnización dentro de los 40 días siguientes a la recepción de la declaración de siniestro.

En el caso de que lo que se reclame sea la negativa por parte de la aseguradora a ofrecer un seguro basándose en que se tiene una enfermedad crónica del solicitante, el artículo más importante es el 14 de la Constitución, pues es el que consagra el derecho fundamental a la igualdad. Además, siempre que el sujeto tenga reconocida una discapacidad, se podrá utilizar la disposición adicional cuarta de la LCS, pues ésta incluye, por mandato del artículo 14 de la Ley 26/20011, la prohibición de la discriminación a las personas con discapacidad en la contratación de los seguros. En este caso se podrá solicitar además de la formalización del contrato, una indemnización por 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 AP 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». Una vez precisado el concepto de daño moral debe procederse a la valoración del mismo, es decir, determinarse la entidad del daño, así como su contenido intrínseco o composición material, tras lo cual se procederá a determinar el montante a pagar en concepto de indemnización.

En nuestro ordenamiento jurídico, la valoración del daño moral es, con bastante frecuencia, difícil de determinar y de adecuar a los criterios correctos, por lo que existen, hoy en día, grandes carencias. A pesar de la dificultad que pueda presentar la evaluación del daño moral, encontramos una jurisprudencia que establece unos criterios mínimos o básicos de los que podemos partir. Si bien, siempre interviene la discrecionalidad del juez, que tomará la decisión final en base a lo que entienda como un resultado más proporcional y equitativo. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2015, pone de manifiesto estas dificultades, cuando en su Fundamento Jurídico 3º, señala que el daño moral «ofrece la complejidad de su afección a la esfera íntima de la persona para la que no existen criterios concretos para su valoración ni para su apreciación por estar basados necesariamente por el grado de subjetivismo en quien lo padece. Se suma a ello que la variedad de supuestos que puede ofrecer este daño moral es variada y compleja, y si bien encuentra su manifestación más directa en los daños físicos ocasionados a las personas y la repercusión personal de los mismos *-pecunia doloris-*, tiene un ámbito más amplio que comprende todo acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma».

Sin duda la prueba de la existencia del daño moral será mucho más difícil que la del daño material y, si bien resulta difícil dicha prueba, mucho más difícil es la cuantificación de la compensación. Por ello, la doctrina ha planteado la necesidad de establecer pautas objetivas para la cuantificación, como podrían ser aplicar, por analogía, el baremo para accidentes de circulación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 293/2007, de 13 de junio); vincular el daño moral al daño material, de tal manera que exista entre ellos una relación cuantitativa (sentencia del Tribunal Supremo, 248/2011, de 4 de abril); o, como tercera posibilidad, establecer cifras discrecionales, justificando por qué la vulneración sistemática de dos derechos fundamentales debe ser valorada en el importe concreto. Es evidente que se tratará siempre de una propuesta subjetiva pero, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2011 «el daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo». Por último, se puede solicitar que sea el propio juez quien determine la cantidad, partiendo de criterios de equidad. Una amplia jurisprudencia se manifiesta favorable a este método de cálculo de las indemnizaciones y siempre lo podemos establecer de forma subsidiaria a la solicitud de la cuantía inicial (de este modo podemos dar una orientación al juez para cuantificar el daño sufrido). Se trata así de una posibilidad que tiene una vertiente positiva, como es la buena fe que se manifiesta al no solicitar importes arbitrariamente.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La denegación de un seguro de vida o de salud puede suponer una barrera infranqueable para las personas con el VIH que impida hacer ejercicio de otros derechos pues sin un seguro de vida las opciones de contratar una hipoteca se reducen y sin un seguro de salud las opciones de acceder a un puesto de trabajo que implique continuos viajes al exterior también merman. Y todo ello a pesar de que el VIH ya no es una enfermedad que irremediamente suponga un deterioro progresivo de la salud que pueda poner en peligro la vida de las personas. Desde que aparecieron los tratamientos antirretrovirales, la esperanza y la calidad de vida de las personas con el VIH en aquellos países en los que el acceso al tratamiento está garantizado se ha incrementado notablemente. Las tasas de morbi-mortalidad han dibujado desde entonces un perfil bajista.

El mercado privado de los seguros no ha trasladado a sus cálculos actuariales esta nueva realidad médica sobre el VIH y el legislador tampoco ha sido sensible a esta necesidad y no ha incorporado previsiones normativas que protejan a todas las personas con el VIH de sufrir un trato discriminatorio.

Quizás al inicio de la epidemia estas restricciones impuestas por las compañías aseguradoras tenían sentido pues era inevitable que hicieran una selección del riesgo que excluyera a aquellas personas con una enfermedad como el VIH. En la actualidad dicha selección del riesgo creemos que no tiene sentido debido al constante incremento de la esperanza de vida y reducción de las tasas de mortalidad. Por otro lado, y partiendo de la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares, la limitación es una restricción excesiva que afecta a la igualdad de oportunidades.

Las obligaciones que impone el respecto de los derechos de las personas con el VIH exigen que la Administración pública proteja a esta colectivo de personas que está en una situación de vulnerabilidad pues se les excluye del disfrute de una serie de beneficios y se les impone una serie de cargas de forma injustificada. Esta discriminación que sufren, bien por su estado de salud o bien por su discapacidad, debe ser atajada por la Administración, obligando a las empresas aseguradoras a que teniendo en cuenta la nueva realidad sobre el VIH diseñen productos adecuados. La intervención de la Administración debe ser de tal manera que se regule bien de forma genérica o bien de forma específica el mercado de seguros para permitir que las personas con el VIH puedan contratar con una prima razonable un seguro, que será la llave de acceso al ejercicio de otros derechos.