

El acceso de las personas que viven con VIH/SIDA a los servicios de seguro y otros servicios financieros conexos. Análisis de la situación presente y propuestas.

**Informe redactado por:
Marta García-Mandaloniz
Manuel Alba Fernández
Diciembre de 2008**

Índice

1. Planteamiento: situación de las personas con VIH en la contratación de servicios financieros (seguros y préstamos vinculados)	3
<i>Problemas en el acceso de personas con VIH a diferentes tipos de seguros</i>	3
2. Funcionamiento de los contratos de seguro y análisis de las prácticas de las compañías aseguradoras frente a las personas con VIH.	7
<i>Normas antidiscriminación y límites a la libertad de contratación</i>	7
<i>Medida en que las prácticas de las compañías aseguradoras pueden resultar discriminatorias: la presencia del VIH como criterio potencialmente discriminatorio</i>	10
<i>Funcionamiento del contrato de seguro y licitud de las medidas de discriminación positiva con base en la libertad contractual</i>	13
3. Medidas existentes en otros países en relación con las demandas de las personas con VIH.	15
<i>Estados Unidos de América</i>	16
<i>Francia</i>	19
4. Observaciones y posibles líneas de acción para el tratamiento de la situación de las personas con VIH en el acceso a servicios de seguro y otros servicios financieros conexos.	22
<i>Detección y prevención de conductas discriminatorias prohibidas</i>	23
a. Ejercicio de acciones judiciales.	23
b. Medidas de naturaleza administrativa.	25
<i>Otras vías de acción posibles basadas en la interlocución</i>	27

1. Planteamiento: situación de las personas con VIH en la contratación de servicios financieros (seguros y préstamos vinculados)

Las cuestiones que serán tratadas en los apartados que siguen arrancan de uno de los muchos retos que la normal integración de las personas seropositivas y los afectados por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) viene planteando desde la identificación misma de la afección como tal, hace ya casi 30 años. Tradicionalmente, los problemas que más atención han acaparado (lógicamente) en relación con la infección por el VIH son los relativos a la atención médica y la asistencia en el plano social que las personas integradas en este colectivo deben recibir. No obstante, es igualmente cierto que la integración social de los afectados pasa por mucho más que eso, y supone probablemente en igual medida la necesidad de prestar atención al plano laboral y económico.

Es precisamente en estos ámbitos donde también desde un momento relativamente temprano comenzaron a observarse las muchas trabas que a la plena integración y al esfuerzo por mantener una vida normal, en la medida de lo posible y más allá del aspecto fisiológico, fueron progresiva y sistemáticamente opuestas a través de conductas de corte quizá discriminatorio (desde luego claramente tal en múltiples ocasiones) determinadas por el hecho o la mera probabilidad de tener infección por VIH. Tales conductas incluso basculaban y ocasionalmente basculan sobre cuestiones no relacionadas con la afección, sino con factores de base estrictamente estadística y frecuentemente (especialmente durante una cierta época) derivados del hecho de que en un principio la infección fuese más frecuente en determinados colectivos minoritarios.

Las cuestiones abordadas en el presente informe se enmarcan en la problemática brevemente descrita, aunque se refieren a un punto muy concreto, como es el acceso de las personas con VIH a los servicios de seguro y, a raíz de los mismos, a otros servicios financieros como el préstamo. El normal acceso a los bienes y servicios, y más los tendentes a cubrir necesidades que podemos considerar básicas, debe obviamente entenderse presupuesto necesario para una plena integración social (idea ésta que, como veremos, puede adquirir relevancia de diferentes maneras). Sin embargo, en las economías de mercado, la producción y prestación o venta de muy buena parte de los bienes y servicios es libre, dependiente por tanto de la iniciativa privada y, desde un punto de vista político-económico y consecuentemente jurídico, sometido, en primer término a la libertad de empresa, y en segundo término a la libertad contractual.

Problemas en el acceso de personas con VIH a diferentes tipos de seguros

De entre los diferentes servicios que en la actualidad puede decirse que ocupan un lugar relevante en la vida de los particulares y en general las familias se halla el del seguro. Este servicio desempeña una importante función financiera en la economía personal y familiar de una proporción significativa de la población de los países desarrollados, pues permite canalizar u orientar parte del ahorro a los sistemas de previsión y cobertura de riesgos, y final y consecuentemente, repercute de manera variable, aunque directa, en el crédito del que disponen las personas para sus necesidades regulares. Tomando esto en

cuenta, y dentro de lo que entendemos por plena integración social, la normal disponibilidad de este como de otros servicios financieros repercute directamente en algunos casos en el nivel de integración económica en una sociedad de los diferentes colectivos que con mayor o menor intensidad experimenten necesidades a ser cubiertas (en términos amplios) por el seguro.

Dentro de los tipos de seguros existentes, diferenciados en función del riesgo que cubren, en el ámbito anteriormente delimitado desempeñan una importante función los seguros de personas, tales como los seguros de vida y los seguros de enfermedad, incluido el seguro de asistencia sanitaria e invalidez, y algunos seguros multirriesgo que incluyen prestaciones equivalentes. Todos estos seguros, como puede verse, se refieren a riesgos que afectan a la vida y a la salud humanas, motivo por el cual se comprende enseguida que son servicios respecto de los cuales las características de la infección por el VIH y los riesgos y efectos que supone para la vida del afectado o de la afectada resultan especialmente sensibles.

Una de las industrias que precisamente por ello reaccionó de forma más rápida a la identificación del VIH fue la industria aseguradora, para comenzar a excluir de los riesgos cubiertos por sus diferentes productos (en especial los anteriormente señalados) aquéllos en cualquier forma relacionados con la afección, o incluso para sencillamente negarse a prestar este tipo de servicios, en algunos casos, a las personas seropositivas (HERMANN 2000). Situación esta que todavía es la que se observa en la actualidad y que en algunos países, entre ellos España, no ha sido todavía abordada de forma clara.

La conducta más habitualmente observada en cada uno de los seguros anteriormente señalados varía de un caso a otro. Así, en la contratación de los seguros de vida (para caso de fallecimiento) la reacción más frecuentemente observada entre las compañías aseguradoras ha venido siendo sencillamente la negativa a ofrecer ningún tipo de cobertura a las personas que revelan su condición de seropositivas, aun hallándose en estadio asintomático (*i.e.*, negativa a contratar). En este y en otros tipos de seguros, tales como los de asistencia sanitaria o los seguros que en medida alguna implican la prestación de este tipo de asistencia conjuntamente con otras, aun no necesariamente negándose la cobertura a personas seropositivas (en estadio todavía asintomático o con infecciones o enfermedades oportunistas que no impiden el desarrollo de una vida y actividad normal), en las cláusulas del contrato se excluyen de los riesgos cubiertos todos aquéllos asociados con el VIH.

Algunas de las cláusulas del tenor señalado que pueden encontrarse en el mercado español son las siguientes.

“NO QUEDAN CUBIERTAS:

a. Enfermedades graves que le hayan sido diagnosticadas por primera vez antes de la fecha de efecto del seguro, o bien haya motivado una primera intervención quirúrgica anterior a la fecha de efecto del seguro.

b. Enfermedades graves que sean consecuencia o se hallen relacionadas con el síndrome de inmunodeficiencia humana o bien, con la presencia del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) constatado en un test de anticuerpos con resultado positivo.

c. Cualquier enfermedad o intervención quirúrgica distinta de las expresamente descritas en este apartado 6.”

(Inserta en las condiciones generales de un seguro de vida para caso de fallecimiento)

8.- RIESGOS EXCLUIDOS

Quedan excluidos de la Póliza los siguientes supuestos:

(...)

11.- Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o cualquier otra forma de virus del síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

(Inserta en las condiciones generales de un seguro colectivo de accidentes)

c.4. OTRAS EXCLUSIONES DE ENFERMEDADES GRAVES.

En lo que se refiere a las enfermedades amparadas por esta cobertura, quedan excluidas las enfermedades que hayan sido causadas a consecuencia de:

(...)

c. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.) o presencia del virus VIH.

(...)

(Inserta en las condiciones generales de un seguro colectivo de vida para caso de fallecimiento)

DELIMITACIÓN DEL CONTRATO. EXCLUSIONES.

(...)

Enfermedades del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), así como todos los problemas derivados del alcoholismo y drogadicción.

(...)

(Inserta en las condiciones generales de un seguro de asistencia en viaje)

La no disposición de determinados servicios de aseguramiento tiene además consecuencias reflejas en el acceso a otros servicios financieros para el crédito que han venido ocasionadas por la evolución reciente del mercado de estos servicios. Efectivamente, en la actualidad es muy frecuente que en los préstamos o cualquier tipo de concesión de crédito para determinadas necesidades (además de las personales, también las profesionales cuando se trata de trabajadores autónomos o empresarios individuales) las entidades financieras condicionen la concesión de préstamos o créditos a la suscripción de un seguro de vida (o de vida y accidente o enfermedad), en multitud de ocasiones ya adaptado en función de su carácter instrumental y accesorio respecto de la operación principal de préstamo, y habitualmente denominado “seguro de amortización” o “seguro hipotecario” (cuando acompaña a un préstamo de este tipo).

El principal problema que plantean estas situaciones es que aquéllas personas que no disponen de otras garantías para aportar ante la entidad financiera a los efectos de la obtención del préstamo (o incluso disponiendo de alguna, como sucede en algunos préstamos hipotecarios), pueden ver negado cualquier acceso al mismo si, por tratarse de personas seropositivas, por ejemplo, no les

es posible tampoco la contratación de un seguro de vida para caso de fallecimiento o de cualesquiera de los productos análogos (seguro de enfermedad, accidente o invalidez), ofrecidos o no por la entidad bancaria a la que en su caso soliciten el préstamo. La vinculación entre los contratos de préstamo y los de seguro en la forma vista en muchas ocasiones es fáctica, es decir, de hecho y sin dejar más rastro formal que el que pueda desprenderse de la póliza de seguro (en concreto, la designación de la entidad financiera como beneficiaria del mismo), se basa en la negativa del banco a aprobar el préstamo en tanto no se suscriba un contrato de seguro. En otras ocasiones sin embargo, la vinculación de la entidad bancaria en el contrato de préstamo, y la vida de este último contrato, se vinculan con la firma del contrato seguro y la existencia de la cobertura, mediante cláusula al efecto incluida en el contrato de préstamo. Además del hecho de que si no se dispone de un seguro o de la cobertura adecuada no es posible acceder al préstamo, en tales ocasiones la ineficacia o nulidad del contrato de seguro supone el vencimiento anticipado de las deudas contraídas bajo el contrato de préstamo y la necesidad de restituir con carácter inmediato la cantidad debida a la entidad bancaria.

En los contratos de seguro ofertados por las propias entidades bancarias para cumplir con las condiciones que como hemos visto exigen para la concesión del préstamo se observan cláusulas similares a las anteriormente citadas, tales como la que sigue.

Asimismo, no se cubrirá ninguna de las situaciones de invalidez del asegurado previstas en las presentes Condiciones Especiales cuando éstas procedan o sean consecuencia de:

(...)

7) Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), afecciones relacionadas con el SIDA, infección por el virus HIV o presencia del virus del SIDA descubierto mediante test de anticuerpos de SIDA con resultado positivo para el asegurado.

(Inserta en las condiciones especiales de un seguro de invalidez, suplementario a un “seguro hipotecario”)

Los problemas que para las personas con VIH plantea el funcionamiento conjunto de servicios financieros como el de los seguros de personas mencionadas y los de préstamo en la forma vista multiplican su gravedad, porque, con independencia y además del difícil acceso a los seguros, lo que suponen, en resumen, es un más difícil o imposible acceso al crédito. Las situaciones en las que esto pueda tener lugar, relativamente frecuentes en la actualidad y desde hace más de una década (WIDISS 1992), pueden desembocar en un elevado grado de exclusión socioeconómica de hecho de las personas afectadas, que, sumada a otras múltiples circunstancias también enraizadas en su afección, puede contribuir a lo que, en términos drásticos pero expresivos, en ocasiones se describe como su “muerte en vida” o su “muerte social” (SCHULZE 1993). Y ello a pesar de tratarse de personas que, por lo demás y a la vista de la diferente evolución que pueden experimentar los afectados y las afectadas por el VIH que arrancan de un estado asintomático, no sólo pueden llegar a tener una esperanza de vida muy razonable, sino también conservar un estado de salud suficiente para hacer frente a cualesquiera de las responsabilidades familiares, sociales, profesionales y económicas que quieran asumir.

La primera interrogante que todas estas prácticas plantean es la de si alguna de ellas, o todas, incurren en algún tipo de conducta contraria al Derecho vigente, y si por tanto se pueden combatir con las herramientas que el

ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos para hacer valer sus derechos ante este y otros tipos de transgresiones de la ley.

2. Funcionamiento de los contratos de seguro y análisis de las prácticas de las compañías aseguradoras frente a las personas con VIH.

De entre las conductas anteriormente identificadas, y las consecuentes actitudes que frente a las personas con VIH pueden adoptar las compañías aseguradoras, deben distinguirse, a los efectos del análisis que realizaremos, dos líneas diferentes de actuación. La primera de ellas es la consistente en la negativa a contratar por parte de la aseguradora. La segunda se centra en las cláusulas introducidas en las pólizas de seguro con el objeto de excluir de los riesgos cubiertos aquéllos relacionados con el VIH. La necesidad de esta diferenciación deriva del diferente contenido y orientación de cada una de estas prácticas, y por tanto su diferente tratamiento y análisis desde la perspectiva jurídica. El objetivo en cualquiera de los casos será el de llegar a conclusiones fiables sobre la licitud de dichas posibilidades y, por ello, la medida en que pueden ser combatidas sobre la base del Derecho. Sin embargo, mientras el primero de los casos relacionados, es decir, los supuestos de negativa en la prestación del servicio, deben ser enjuiciados como conductas posiblemente discriminatorias; en el segundo de los casos, es decir, si nos referimos a las cláusulas de los contratos de seguro, debe plantearse la posibilidad de que su validez pueda verse afectada o puesta en cuestión, no sólo por el carácter potencialmente discriminatorio de su contenido y efecto, sino igualmente por otras normas de Derecho privado, en algunos casos generales, en otros precisamente específicas del régimen de los contratos de seguro.

Una cuestión difícil que todo esto plantea es la relativa a la relación que existe entre las normas de Derecho público, y en concreto las normas constitucionales que prohíben la discriminación, y las normas y principios en que se asienta el Derecho privado, y entre ellos (tal como quedó apuntado anteriormente) el de la libertad contractual de los operadores. Esta relación es la que, conforme al orden expuesto en el párrafo previo, debe servir como punto de partida a nuestro análisis.

Normas antidiscriminación y límites a la libertad de contratación

Nuestra Constitución de 1978 (CE) incluye entre los derechos fundamentales del ciudadano el de la igualdad. La igualdad, que además de derecho es principio inspirador de todo el sistema y que guarda una estrecha relación con la dignidad humana (arts. 1 y 10.1 CE), se refleja principalmente, en lo que ahora nos interesa, en la prohibición que contiene el art. 14 CE de discriminar por cualquier circunstancia personal o social, y en particular por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión.

El respeto al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación está en particular, y de diversas maneras, dirigido a los Poderes públicos (en este sentido el art. 53.1 CE señala expresamente que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo de la Constitución vinculan a los poderes públicos y que la ley deberá en todo caso respetar su contenido). Vincula en

primer lugar al legislador, que debe asegurar en todo momento que las normas respetan el señalado principio y por tanto consagran la igualdad de los ciudadanos en la ley. Genera en segundo lugar una obligación para la Administración (o las Administraciones) de respetar este principio, y por consiguiente no incurrir en conductas discriminatorias en sus relaciones con los ciudadanos, tratándolos a todos como iguales ante la ley. Y en tercer lugar, supone también una obligación para el Poder judicial, en la medida en que la interpretación de la ley que los tribunales deben realizar con vistas a su aplicación ha de respetar en todo momento y verse inspirada por el principio de igualdad, e incluso en ocasiones servir al control de la constitucionalidad de las normas en este y otros aspectos. Todas estas diferentes vertientes y efectos de la igualdad como principio y como derecho, y la relación de complementariedad que existe entre ellos, son los necesarios para que la igualdad adquiera vigor no sólo en el plano formal, sino igualmente en el plano material [objetivo este último implícito en el mandato que contiene el art. 9.2 CE: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva (...)”].

A diferencia de lo que sucede en las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos, las relaciones entre particulares, y en concreto las relaciones contractuales que pueden entablarse en el marco de la demanda y la prestación de bienes o servicios, se desenvuelven con carácter general al margen de los mandatos y prohibiciones expresas que se acaban de describir, y bajo el principio de libertad contractual (BERCOVITZ 1990). Este principio supone, por un lado, que cualquier persona es libre para escoger a las personas con las que quiera entablar relaciones contractuales, y por otro, que los participantes en un contrato son libres de someter las relaciones amparadas en él a las reglas que libremente escojan de acuerdo con su voluntad (aspecto este último expresamente consagrado en nuestro Código civil, Cc, art. 1255, que no obstante señala una serie de límites a esta margen de libertad: el respeto a la ley, la moral y el orden público). Aunque se trata de materia controvertida entre nuestros analistas, la libertad contractual se entiende incluso constitucionalmente asentada en la libertad (art. 1 CE), la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (nuevamente art. 10.1 CE), en tanto supone el reconocimiento a los ciudadanos del derecho a configurar sus relaciones en la forma y con el contenido que libremente determinen, y por tanto de un ámbito en el que el Estado no puede interferir, salvo cuando existan razones que claramente lo justifiquen, y en cualquier caso, y en consecuencia, bajo el estricto respeto a la ley (ALFARO 1993).

Uno de los interrogantes que plantea la problemática que nos ocupa, pues claramente late en el trasfondo de las situaciones que anteriormente hemos descrito desde el instante mismo en que comenzaron a producirse, es hasta qué punto la prohibición de discriminación consagrada a nivel constitucional supone un límite a la libertad contractual de las personas. Tal como está enunciado el principio y el derecho a la igualdad, como hemos visto, su efecto vinculante, si bien informa claramente todo el sistema amparado por la Constitución, se agota en las relaciones que median entre los Poderes públicos y el ciudadano, y por

tanto en principio nada aporta por esta vía a las relaciones entre particulares, tales como las que pueden mediar entre las compañías aseguradoras y los potenciales usuarios de sus servicios. Desde este punto de vista formal, la negativa de una compañía aseguradora a contratar con una persona con VIH (a prestarle sus servicios) no podría ser considerada ilícita por discriminatoria.

No obstante y sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en nuestro ordenamiento el elenco de derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos debe con carácter general considerarse parte del orden público constitucional vigente, y ha de tener repercusión en las relaciones que tienen lugar entre particulares, así como en el Derecho que las regula. Y ello porque, si bien las normas constitucionales anteriormente invocadas carecen, conforme a lo dicho, de aplicación directa en las relaciones entre particulares, de ellas se predica una eficacia vinculante de carácter indirecto, que se canaliza a través del deber que tienen los Poderes públicos (en todos los sentidos anteriormente vistos) de dar efectividad a los principios que tales normas recogen en la vida social (nuevamente art. 9.2 CE). Lo que esto supone es que el contenido de las leyes, también las que regulan las relaciones privadas, y la interpretación que de las mismas realicen los tribunales, en la medida en que exista algún margen de indeterminación, no pueden tolerar la ignorancia injustificada de principios tales como el principio de igualdad de los ciudadanos, y por tanto no pueden amparar conductas injustificadamente discriminatorias.

En este sentido se ha pronunciado con carácter general nuestro Tribunal Constitucional (TC), al aclarar que las normas de la Constitución no deben ser interpretadas “en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, (...). Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (...) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas” (Sentencia del TC 18/1984, de 7 de febrero, Conclusión 6). El TC ha reiterado en diferentes ocasiones esta interpretación de la Constitución, en concreto el alcance que en el marco de la misma debe darse a su art. 9.2, expresándola de diferente manera (así, e.g., en la Sentencia TC 129/1989, de 17 de julio, cuyo fundamento jurídico 6 afirma que “la significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repunte a tal fin necesarias”, también en ámbitos sometidos al derecho privado por referirse a las relaciones entre particulares, tales como el del Derecho laboral –como en el caso de la Sentencia- en el que “la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”).

Este pacífico encaje entre las normas de Derecho privado que asientan la vigencia del principio general de libertad contractual de las personas y el orden constitucionalmente vigente es precisamente el que queda reflejado por acción del legislador en los límites que se señalan a la libertad contractual también en las normas del Derecho privado, y en concreto los que sitúan los confines de dicha libertad en el orden público. Así, el art. 7.2 del Código civil (Cc) establece expresamente que:

“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

En tanto la libertad de contratar supone el derecho subjetivo del individuo a contratar con quien le parezca conforme a su exclusiva voluntad, el ejercicio antisocial de semejante derecho, por ejemplo, por resultar discriminatorio en los términos del art. 14 CE, incurrirá en la prohibición sentada en el art. 7 Cc y resultará por tanto ilícito. En otras palabras, cuando la opción tomada suponga un atentado contra la igualdad o la dignidad humana por resultar discriminatoria, el ejercicio del derecho a “no contratar” resultará antisocial, por anticonstitucional, y como tal deberá ser corregido por los tribunales (ALFARO 1993).

La libertad de pacto incluida igualmente en el ámbito de libertad contractual de las personas conforme al art. 1255 Cc, tal como hemos visto anteriormente también, queda matizada de manera similar por la afirmación expresa que el propio artículo contiene y que localiza sus límites en la Ley y el orden público:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

De manera que, en esta ocasión también, las cláusulas en un contrato que resulten contrarias al art. 14 CE por discriminatorias, deberán ser consideradas contrarias a la ley o el orden público constitucional, y en consecuencia nulas y sin efecto.

Medida en que las prácticas de las compañías aseguradoras pueden resultar discriminatorias: la presencia del VIH como criterio potencialmente discriminatorio

El art. 14 CE prohíbe la discriminación en general por razones basadas en circunstancias personales o sociales del individuo, incluidas las basadas en el estado de salud o la discapacidad de las personas. Aunque entre las razones concretas de discriminación expresamente proscritas por el art. 14 CE no se menciona la enfermedad o la discapacidad, está claro que las circunstancias relativas a la salud de las personas, incluida la discapacidad, no rompen el principio conforme al cual todos somos iguales en y ante la ley (GANZENMÜLLER/ESCUADERO 2005). Sobre esta base pueden realizarse algunas

matizaciones que resultan específicamente aplicables a la situación de las personas afectadas en cualquier medida por el VIH.

En primer término, puede existir cierta propensión a circunscribir las prácticas discriminatorias por razón del estado de salud a aquéllas que se basan en la condición de discapacitado del discriminado. La discapacidad, como se ha dicho, puede en efecto ser identificada como fundamento para la discriminación prohibida.

Existe una mayor preocupación por detectar y perseguir las conductas discriminatorias basadas en este hecho, por la mayor gravedad que desde el punto de vista social y material presentan. Ello en tanto injustamente vulneran el derecho a la igualdad del discriminado, pero además también porque suponen un atentado contra el principio programático conforme al cual la integración social y económica de los discapacitados deben ser objeto del esfuerzo de los Poderes públicos a través de acciones específicas, precisamente en aras de la igualdad material entre los ciudadanos (art. 49 y 50 CE). Reflejo de ello, por ejemplo, lo proporcionan el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el art. III-124 de la Constitución Europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, 12 de octubre de 2004), los cuales prohíben las conductas discriminatorias, refiriéndose expresamente a las basadas en la discapacidad de las personas. Esta idea se desprende igualmente de nuestra Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAPD).

Sin embargo, la discapacidad no debe ser considerada requisito necesario para apreciar el carácter ilícito de las conductas discriminatorias por razón del estado de salud de las personas. La posible evolución de la afección por presencia del VIH presenta en este ámbito ciertas particularidades que la diferencian de cualquier enfermedad. Como tal, la infección por VIH no resulta en sí una enfermedad, sino que, por causa del adverso (y devastador) efecto que genera en el sistema inmunológico humano, aumenta en un grado enorme la probabilidad de que una persona portadora del virus desarrolle una o más enfermedades, las llamadas por ello “enfermedades” o “infecciones oportunistas”. Como se sabe, la presencia del virus no necesariamente conlleva, al menos desde el punto de vista estadístico durante un tiempo, la manifestación de sus efectos (es decir, el desarrollo del sida), ni por consiguiente el desarrollo de enfermedades oportunistas. En la medida en que así sea, el (ya entonces) enfermo podrá llegar a hallarse en las circunstancias que en nuestra legislación determinan el reconocimiento de los diferentes grados de discapacidad o minusvalía.

Nuestra legislación incluye las dolencias relacionadas con el VIH como posible causa para el reconocimiento de grados de discapacidad o minusvalía, con las consecuencias que en el orden de las prestaciones sociales y en el laboral ello ha de tener. En este punto debe tomarse en cuenta la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) y el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de minusvalía. Conforme a la citada ley (art. 7) debe entenderse por minusválido “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente

permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales". El Real Decreto 1971/1999 incluye en el baremo para el reconocimiento de minusvalías (Anexo I, apartado 10) la "infección por VIH", asignando grados de minusvalía en función de los efectos que la presencia del virus tenga en la persona afectada.

La redacción del art. 14 CE, no obstante, es lo suficientemente amplia como para esencialmente entender incluidas en él cualesquiera prácticas que resulten injusta o arbitrariamente discriminatorias, basadas en cualquier medida en el estado de salud (o las características físicas) del individuo, incluidas enfermedades o infecciones, sin que sea necesario que éste tenga reconocido a nivel administrativo un grado de discapacidad o minusvalía mínimo. La relevancia de lo dicho en el marco de nuestro análisis deriva de la posibilidad de que, tal como sucede en muchos de los casos descritos en las páginas previas, el afectado esté infectado por el VIH, pero en estadio asintomático, estado que se define por la ausencia de efectos o síntomas causados por la presencia del virus, y que, consecuentemente y con independencia de que exista la necesidad de aplicar algún tratamiento o no, no conlleva el reconocimiento de grado de minusvalía o discapacidad alguno (0%). La discriminación basada en el hecho de ser portador del VIH, como la basada en el hecho de estar ya afectado por alguna infección o enfermedad oportunista, podrá ser injustificada y contraria por tanto al art. 14 CE.

En paralelo a lo anteriormente dicho, el Derecho norteamericano (Estado Unidos de América) cuenta con una norma específicamente destinada a la regulación y prohibición de las conductas discriminatorias basadas en la discapacidad del discriminado, en el marco de actividades profesionales, que ha dado lugar a una importante jurisprudencia sobre casos relacionados con el VIH. Dicha ley, la *American with Disabilities Act* de 1990, se asienta en un concepto de discapacidad específicamente acuñado en sus normas de acuerdo con sus objetivos generales. Conforme al señalado concepto, una persona con una discapacidad será cualquier individuo que: (1) esté afectado por una deficiencia mental o física que limite sustancialmente una o más de sus actividades vitales principales, (2) que cuente con antecedentes de haber estado afectado por semejante deficiencia, o (3) que sea visto por otras personas como afectado por semejante deficiencia. La ley incluye entre las deficiencias físicas causantes de discapacidad el VIH y el sida, y regula las conductas discriminatorias por referencia igualmente a la noción de "individuo cualificado con una discapacidad", es decir, cualquier persona con alguna discapacidad que por lo demás es capaz de desarrollar las funciones esenciales de su profesión, ya sea con o sin los medios necesarios razonables para su adaptación. Una de las sentencias más importantes y debatidas bajo la aplicación de la señalada ley (*R. Bragdon v. S. Abbott*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 524 U.S. 624 1998) se refiere a un caso en el que una mujer con VIH (asintomática) acudió al dentista, quien, tras conocer la señalada circunstancia, se negó a atenderle en su consulta, y le ofreció, conforme al protocolo por él aplicado a sus pacientes con VIH, la posibilidad de atenderle en otras instalaciones (las de un hospital) alegando que en ellas contaba con el equipo necesario para evitar la transmisión y aclarándole, además, que los gastos adicionales resultantes deberían ser soportados por ella. En el análisis y aplicación de la *ADA* 1990 el tribunal determinó que el VIH en fase asintomática constituía, en aplicación de la ley y a los efectos de enjuiciar el posible carácter discriminatorio de la conducta del demandado, una discapacidad.

Funcionamiento del contrato de seguro y licitud de las medidas de discriminación positiva con base en la libertad contractual

Una tarea adicional que se hace necesaria, a la vista de las ideas previas, es la de determinar la medida en que la negativa a contratar con base en el hecho de que el solicitante del seguro esté infectado por el VIH, o las cláusulas que excluyen de los riesgos objeto de cobertura todos aquellos asociados al VIH, resultan injustificadamente discriminatorias y por tanto ilícitas bajo el art. 14 CE (en conjunción con los arts. 7 y 1255 Cc), caso en el cuál una y otra práctica podrían ser combatidas mediante el recurso a los tribunales de justicia.

Para contestar a dicha cuestión es necesario tomar en cuenta la base técnica de la propia actividad aseguradora, y por tanto la estructura de las relaciones que conforman el contenido del contrato de seguro y el equilibrio entre las prestaciones de las partes ínsito en el mismo. La actividad como tal puede describirse como la prestación de un servicio que consiste en la asunción por parte de la compañía aseguradora de las consecuencias negativas asociadas a los riesgos que experimenta o afectan a otra persona, el destinatario del servicio. El contrato que en consecuencia articula la prestación del servicio es, como se sabe, el contrato de seguro, regulado en nuestro Derecho por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro (LCS). Bajo el contrato, como contrapartida al compromiso de indemnizar al asegurado o pagarle la cantidad pactada para el supuesto de que se produzca el siniestro (se realice el riesgo) en cada caso contemplado, la compañía aseguradora tendrá derecho al cobro de una prima (única o periódica). El cálculo de la prima, en aplicación de lo que conocemos como las ciencias actuariales (de base eminentemente estadística), debe responder y responde a la cuantificación del riesgo (previa estimación de su entidad y probabilidad) asumido por la compañía aseguradora (aunque la prima incluye igualmente otros conceptos, el mínimo de su importe debe corresponderse con dicha cuantificación). En la correcta cuantificación del riesgo descansa, tanto el correcto equilibrio del intercambio que bajo el contrato tiene lugar entre aseguradora y tomador o asegurado, como la propia actividad aseguradora en general, pues el volumen de riesgo agregado asumido por cada entidad aseguradora debe estar cubierto por el total de las primas cobradas en la prestación del servicio (o las primas cobradas más las reservas que en su caso la compañía acumule). En nuestro Derecho, como en otros muchos, esto resulta, no sólo de la lógica del negocio asegurador desde que existe, sino de las normas aprobadas para la ordenación económica de este sector, entre cuyos objetivos se halla el de asegurar la viabilidad y la solvencia de las compañías aseguradoras.

Con este objeto se halla vigente en nuestro país el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), el cual (con apoyo igualmente de su desarrollo reglamentario) impone la necesidad de que las primas aplicadas por las compañías aseguradoras sean “suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas”.

Para dicho cálculo, de este modo, se hace necesaria la toma en cuenta de las circunstancias que en cada caso particular puedan fundamentar la

cuantificación del riesgo asociado a cada persona y situación, a los efectos de determinar si la compañía está en condiciones de asumir el riesgo que cada contrato conlleva, o en su caso qué proporción del mismo y la prima a ser aplicada en consecuencia. La base técnica actuarial de dichas decisiones revela que el correcto desarrollo del negocio, y el equilibrio del contrato, exige discriminar positivamente entre los diferentes potenciales usuarios y usuarias del seguro, a los efectos de someter las relaciones con ellos a las condiciones adecuadas al diferente riesgo que cada uno de ellos implica. El respeto a este principio es el que diferencia la discriminación en él asentada de la discriminación prohibida por el art. 14 CE (en conjunción con los arts. 7 y 1255 Cc), es decir, la discriminación positiva justificada de la discriminación arbitraria e injustificada (WIDISS 1992).

Un claro paralelo a la situación que analizamos se ha planteado con anterioridad, en el campo del seguro, respecto de la aplicación de tarifas (primas) diferentes a hombres y mujeres en el seguro de vida, con exclusivo apoyo en la diferencia de sexo. Para combatir tales prácticas, por suponer discriminación entre sexos en el acceso a los bienes y servicios, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, establece en su art. 5 (Factores actuariales) que “los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente”. Para comprobar el fundamento de esta norma es interesante recurrir a la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva previa a la Directiva citada [documento COM(2003) 657 final], que parte de la constatación de que en la práctica de determinados seguros en Europa (entre ellos, los de asistencia sanitaria) “entre los factores que se tienen en cuenta (para el cálculo de las primas) figuran las diferencias” entre sexos “de la media de la esperanza de vida, los distintos modelos de comportamiento (...) y de consumo (...)”, a pesar de existir “estudios que demuestran que el sexo no es el principal factor determinante de la esperanza de vida” por existir otros factores técnicamente más pertinentes. La EM concluye, de este modo, que “las compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización, y no por su valor real” desde un punto de vista técnico, conducta que se entiende injustificadamente discriminatoria por razón de sexo en la medida en que resulta en la aplicación de diferentes primas o tarifas a hombres y mujeres que no responden al riesgo real de cada asegurado. Existen otras normas de corte similar que sirven para ilustrar el papel que a la hora de determinar el posible carácter discriminatorio de las cláusulas del contrato de seguro, o incluso la decisión de prestar o no prestar el servicio (contratar o no contratar) señalan el límite entre lo arbitrario y lo justificado, y por tanto entre lo lícito y lo ilícito, en el fundamento técnico de la cláusula o decisión desde un punto de vista actuarial. En los Estados Unidos de América, algunas leyes y códigos de seguro estatales prohíben expresamente a las compañías aseguradoras negarse a asegurar o aplicar diferentes condiciones (en seguros de vida o de invalidez) con fundamento exclusivo en la presencia previa de determinadas enfermedades o afecciones, salvo que ello resulte justificado desde el punto de vista actuarial (así, antigua § 27-5-13 del Código de Alabama –modificada en este punto para prohibir sencillamente la negativa a asegurar en ciertos casos-; la § 626.9706 de las Leyes de Florida; o la § 10143 del Código de Seguros de California).

Confirmación de la importancia que merecen los principios técnicos actuariales como criterio válido para determinar el posible carácter discriminatorio de las conductas identificadas lo proporcionan igualmente las Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos (versión consolidada de 2006) de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre VIH/SIDA. En su Directriz 5 se señala expresamente que las exclusiones en materia de seguro de vida “deberían basarse únicamente en datos actuariales razonables, de manera que el VIH no se trate de modo diferente a otras enfermedades análogas”.

Todo lo anterior permite sentar conclusiones de manera breve y sintética en relación con el tratamiento que las compañías aseguradoras y las condiciones contractuales por ellas empleadas dan al VIH y a las enfermedades asociadas a su presencia en los posibles asegurados. En primer lugar, la negativa de una compañía, que preste habitualmente servicios de seguro de vida y otros seguros de personas, a asegurar a una persona únicamente por estar infectada por el VIH puede ser considerada injustificadamente discriminatoria, y en tal medida ilícita, cuando dicha decisión no se base en, y aparezca justificada por, cálculos actuariales razonables o fundados, incluidos los relativos al tipo de riesgo normalmente asumido por la compañía y el riesgo agregado soportado por ella. En segundo lugar, las cláusulas en los seguros de vida y otros seguros de personas que excluyan de la cobertura los riesgos asociados al VIH, o limiten la cobertura prevista para tales riesgos, pueden ser consideradas discriminatorias, y por tanto nulas, en la medida en que no se basen en cálculos actuariales razonables o fundados, a la vista de la prima o la tarifa aplicada, tanto si en el momento de la celebración del contrato el asegurado o la asegurada no está infectado o infectada por el VIH, como si, estándolo, se halla en fase asintomática, como, finalmente, si ha desarrollado el sida. Tales cláusulas serán injustificadamente discriminatorias, en particular, cuando el asegurado no sea portador del VIH en el momento de la celebración del seguro, y en el contrato se dé un tratamiento a los riesgos derivados del VIH que no se corresponda con el otorgado a otras afecciones de similar gravedad.

3. Medidas existentes en otros países en relación con las demandas de las personas con VIH.

Las situaciones anteriormente descritas, y las prácticas y cláusulas que conllevan por parte del sector asegurador, lógicamente se observan con el mismo perfil también en otros países occidentales. Las diferentes soluciones observadas para la cobertura de las demandas de las personas con VIH (especialmente las que se hallan en estadio asintomático) varían de un caso a otro, entre otras cosas, y por ejemplo, en la diferente implicación del sector público. En todas ellas, con todo, se parte de dos constataciones.

En primer lugar, y en la línea de lo hasta aquí expuesto, en su diseño se asume que las prácticas basadas en la discriminación o el diferente trato por razón de las diferencias en el riesgo que cada persona presenta es parte esencial de la actividad aseguradora y, por ello, y aun sin renunciar a la toma de posibles medidas de control por parte de la administración para asegurar el lícito

comportamiento de las entidades aseguradoras, debe dejarse a la industria el margen de libertad necesario para el desarrollo y aplicación de los criterios adecuados para el correcto tratamiento actuarial de las situaciones que supongan la presencia del VIH en el asegurado.

En segundo lugar, y a la vista de lo anterior, todas las soluciones específicamente destinadas a afrontar la situación de las personas seropositivas implican activamente a la industria aseguradora de diferentes maneras, al objeto de hacer recaer sobre la mismas, en las condiciones en cada caso deseadas, la determinación de las mejores condiciones, incluidas las primas a pagar, para el aseguramiento de los riesgos asociados a la presencia del VIH.

Nos centraremos en dos casos concretos por el interés que suscitan a la vista del contenido de las soluciones y, al mismo tiempo, las diferencias que presentan entre ellos.

Estados Unidos de América

Los EUA son el país occidental que probablemente cuenta con el más prolongado debate sobre la discriminación de las personas portadoras del VIH y los enfermos de sida, así como en general sobre la situación a nivel socioeconómico de este colectivo. Ello por haber sido, como se sabe, el primer país del mundo desarrollado al que se extendió la ya referida como la epidemia del sida. En los EUA la preocupación por la situación de los afectados por el VIH incluye desde hace ya bastante tiempo las cuestiones relativas al acceso de los seropositivos a los diferentes tipos de seguro que por razón de su situación pueden demandar con más frecuencia. Tales seguros son los de asistencia sanitaria, los seguros de vida y los seguros de invalidez. Los problemas observados en dicho país son exactamente los mismos con cuya descripción hemos dado comienzo al presente informe, así como algunos otros estrechamente relacionados con ellos y que afectan en concreto a la información que el solicitante de un seguro debe proporcionar a la compañía aseguradora sobre su estado de salud. La preocupación en los EUA está acentuada por el hecho de carecer de un programa a nivel nacional (federal) de financiación pública para la asistencia sanitaria de sus ciudadanos, de manera que, con independencia del debate que con carácter general esta cuestión suscita, entre las personas más necesitadas de este tipo de asistencia, y por referencia a las cuales en ocasiones se particulariza la discusión, están los enfermos de sida y las personas con VIH.

En lo que se refiere a la asistencia sanitaria (seguros de salud o asistencia sanitaria), en los EUA existen algunos programas de ámbito general cuyo objetivo específico es cubrir las necesidades de mediación y tratamiento de las personas que cumplan los requisitos en cada caso establecidos (*Medicare* y *Medicaid*). Tales programas se aplican igualmente a los afectados y las afectadas por el VIH en diferente medida, pero el sentimiento general es que no cubren las necesidades específicas que el virus genera (sencillamente porque no fueron diseñados con tal fin). Desde el año 1990 funciona un programa federal con financiación pública regulado por la *Ryan White Care Act (Ryan White HIV/AIDS Treatment Modernization Act*, en su última aprobación en octubre de 2006). Este

programa está específicamente destinado a conceder ayuda económica a personas con VIH y enfermos de sida para sufragar los gastos de asistencia sanitaria, en términos generales cuando tales gastos no puedan ser costeados por el afectado o la afectada o su familia, o cuando no estén cubiertos por algún otro programa público o privado.

Fuera de la cobertura que proporcionan los señalados programas, los sistemas de previsión o seguros para la asistencia sanitaria deben buscarse en el mercado de dichos productos. Para las personas que trabajan existe un nivel mínimo de cobertura asumido por el empresario por imperativo de la legislación estatal. En los seguros colectivos de salud e invalidez suscritos entre empresarios y las aseguradoras, o en los *"risk retention plans"* (los programas individualmente organizados y desarrollados por el propio empresario sin recurso a una entidad aseguradora) existen en algunos casos límites a la cobertura por riesgos asociados al VIH, con lo que parte de las necesidades de un afectado quedan parcialmente descubiertas. Lo cierto sin embargo es que en tales seguros, si bien algunas compañías aplican bonificaciones (descuentos) a los empresarios que establecen algún tipo de protocolo para recabar información sobre el estado de salud de sus nuevos empleados, tales facultades están seriamente limitadas en lo que se refiere a la información sobre el VIH y las aseguradoras (que operan bajo normas antidiscriminación también aplicables a las personas con VIH) no están obligadas por lo general a establecer diferencias y categorías de riesgo entre los trabajadores asegurados. Ello porque se asume que los costes de implementar las medidas de control para ello necesarias (los costes de transacción) hacen más razonable sencillamente "repartir" el riesgo oculto entre todos los asegurados para el cálculo de la prima y establecer límites a la cobertura (esto por supuesto respecto de los riesgos derivados, no sólo del VIH, sino en general de enfermedades o afecciones graves). En algunos casos particulares existe legislación estatal que expresamente prohíbe establecer exclusiones o restricciones a la cobertura por enfermedad o invalidez derivada del VIH o el sida, salvo que se trate exclusiones o restricciones establecidas en el contrato con carácter general, y sin diferenciación alguna, para todas las enfermedades o casos de invalidez cubiertos (e.g., antigua §2750 -1991-, actual §2752, Tít. 24A, Código de Seguros de Maine).

Por este motivo, un número significativo de personas afectadas por el VIH o el sida encuentran cubiertos parte de los gastos para la asistencia médica necesaria a través de los seguros colectivos, cuyos efectos además pueden verse prolongados hasta 36 meses, aun después de extinguido el contrato de trabajo, bajo la *Consolidated Budget Reconciliation Act* de 1985.

En el resto de los casos no cubiertos por alguno de los instrumentos citados, una persona con VIH debe buscar cobertura mediante seguros de asistencia sanitaria, invalidez o vida en el mercado, en condiciones normales. Lo que esto supone es que existen compañías aseguradoras que ofrecen los señalados productos también a solicitantes con alto riesgo, contra el pago de una prima que refleja dicho riesgo y que por tanto es muy elevada. En algunos estados, en caso de no existir dichos servicios o no ser ofrecidos en el territorio del estado, la ley obliga a las compañías aseguradoras que presten servicios de seguro de asistencia sanitaria en su territorio a constituir consorcios o *pools* privados de alto riesgo, en

los que se asegura la asistencia sanitaria a personas con VIH, o en general por enfermedades graves no asegurables en el mercado de dichos servicios, normalmente si son residentes en el estado en cuestión y previo pago de la prima correspondiente y, así, a quien pueda asumirla. Dichos consorcios operan en muchos casos a pérdida y reciben fondos públicos (con cargo al presupuesto del estado y en ocasiones al presupuesto federal).

Una cuestión largamente debatida en los EUA, y que está en muy estrecha relación con el acceso de las personas con VIH a los seguros, es la que se refiere a la información que las compañías aseguradoras pueden requerir a los o las solicitantes de seguros, en concreto la específicamente solicitada en relación con el VIH. En este punto, en la situación actual, las compañías aseguradoras pueden solicitar la realización de pruebas del VIH, cosa que hacen normalmente cuando la cobertura a contratar adquiere unos niveles elevados. A pesar de las difíciles cuestiones que esto plantea en relación con la protección de la privacidad y el derecho a la intimidad de los afectados, y sin perjuicio de las rigurosas obligaciones de confidencialidad bajo las que operan las compañías aseguradoras respecto de esta y otras informaciones, esto está permitido por considerarse lo más eficiente de cara a la cuantificación de determinados riesgos, y lo más favorable al desarrollo de los criterios actuariales específicamente relativos a las personas con VIH (WIDISS 1992). Mayores escrúpulos se observan en la prevención de conductas injustificadamente discriminatorias (por carentes de fundamento técnico en la cuantificación del riesgo) que pueden darse en relación con la información requerida directamente al solicitante y que se refiere a la pertenencia del mismo a determinadas minorías en las que el impacto del VIH es mayor o a su orientación o hábitos sexuales. En este sentido, hay estados que, por ejemplo, limitan el contenido de las preguntas sobre el VIH que pueden incluirse en los formularios de solicitud de información de las compañías aseguradoras, permitiendo sólo preguntas directas sobre si el solicitante es portador del VIH, o si ha realizado alguna vez (o durante un determinado período de tiempo) pruebas del VIH y cuál fue en tal caso el resultado.

En el Reino Unido recientemente ha sido aprobada por la *Association of British Insurers* un código de conducta relativo al aseguramiento de los riesgos asociados al VIH (el *ABI Statement of Best Practice for HIV and Insurance*, julio de 2008) cuyo objeto principal es controlar la información solicitada por las aseguradoras británicas (en su contenido y en su empleo) así como reforzar la transparencia en las relaciones con los asegurados o solicitantes de seguros. Para ello, y en la línea recién señalada respecto de los EUA, el *Statement* promueve el compromiso de los miembros de la asociación a eliminar las preguntas no justificadas desde un punto de vista técnico, por tanto discriminatorias (en especial con el propósito de eliminar las preguntas relativas a la eventual homosexualidad del o de la solicitante), y a limitar las preguntas relativas al VIH a aquéllas que directamente sean necesarias por razón del tipo de riesgo evaluado (sustancialmente, aunque entre otras que pueden resultar también justificadas, si el o la solicitante está infectado o infectada por el VIH o si ha sido sometido o sometida a la prueba del VIH en los últimos cinco años). Del mismo modo, se aconseja a las compañías que, en sus relaciones con los asegurados o los solicitantes del seguro, en todo momento justifiquen sus decisiones de forma transparente, tanto si consisten en no asegurar, como si se refieren a los límites de la cobertura o a la prima aplicada.

Francia

En Francia, dada su mayor proximidad a nuestra situación en lo que se refiere a la cobertura pública de la asistencia sanitaria a través de la seguridad social, el debate y la preocupación suscitada por la situación de las personas con VIH se ha centrado en el acceso a los servicios de seguro de vida y de invalidez, y al efecto reflejo que los problemas detectados en el mismo han encontrado, a su vez, en el acceso a otros servicios financieros, en concreto los servicios de préstamo.

La solución por el momento adoptada en Francia revela que el enfoque del que se parte en las normas y principios a ser respetados por las compañías aseguradoras en sus relaciones con personas seropositivas suponen una situación sustancialmente equivalente a la que vivimos en España, y en la que, sin por ello estar admitidas conductas injustificadamente discriminatorias, el principio general determina que los operadores en el sector asegurador son libres de prestar y configurar sus servicios en la forma que técnicamente les parezca más adecuada, siempre que resulte fundada (*i.e.*, no injustificadamente discriminatoria).

Partiendo de lo dicho, la medida más destacada de las adoptadas, y en la que nos centraremos se basa en un acuerdo entre el Estado y la industria mediante el cual se crea un sistema para la provisión de servicios de seguro basado en la idea de la especialización en grandes riesgos relativos a la salud humana, y en el que se regula también el contenido de los cuestionarios que las aseguradoras pueden presentar a los solicitantes y el tipo de preguntas que pueden realizarse sobre el VIH para recabar información.

Dicho acuerdo es la llamada Convención Belorgey (“convención para la mejora del acceso al préstamo y al seguro de las personas que presenten un riesgo de salud agravado”), aprobada en 1991 a raíz de los trabajos iniciados un año antes en el marco de un Comité presidido por la persona que finalmente le dio nombre (el entonces Consejero de Estado Jean-Michel Belorgey). En el Comité, además del Estado francés (a través del Ministerio de Economía y el de Sanidad), las entidades de crédito (a través de la Asociación Francesa de Entidades de Crédito) y las entidades aseguradoras (a través de la Federación Francesa de Compañías Aseguradoras y la Agrupación de las Mutuas de Seguro), participaron igualmente asociaciones y organizaciones representativas de las personas afectadas por enfermedades graves o de alto riesgo (incluido el VIH y el SIDA). Como solución de carácter convencional, sus efectos vinculan en concreto a las compañías aseguradoras y grupos financieros que se hallan adherido a la misma. Si bien en la actualidad la Convención comprende en general a todas las personas con riesgos de salud elevados por causa de enfermedades graves, en su formato original, tras su aprobación en el año 1991, estaba diseñada para las personas con VIH y los enfermos de sida.

El sistema basado en la Convención Belorgey se refiere únicamente a los seguros colectivos ofrecidos (y requeridos) por las entidades y los grupos financieros para la concesión de ciertos préstamos. Tales seguros, tal como quedó expuesto al inicio de este Informe, son seguros de vida y de invalidez en los que

la entidad prestamista (el banco) es designada como beneficiario, y su finalidad por tanto es garantizar que el importe del préstamo será devuelto aun en caso de que el prestatario fallezca o por causa de su estado de salud pueda llegar a verse en condiciones que le impidan hacer frente a la deuda contraída.

El sistema se estructura en tres niveles que pueden llegar a entrar en funcionamiento en función del estado de salud del solicitante del préstamo. El primer nivel se corresponde con la operativa normalmente observada, de modo que conforme al mismo, y en el momento de la solicitud, la entidad de crédito condicionará la concesión del préstamo a la suscripción de un seguro colectivo de vida o de invalidez, en el marco del cual presentará al solicitante un cuestionario, que incluirá el "cuestionario médico", relativo a su estado de salud. Sobre la base de la información suministrada en el cuestionario, el seguro colectivo podrá ser concedido (y en tal caso quizá también el préstamo) o denegado (e.g., cuando se declare alguna afección que conlleve la agravación del riesgo, entre ellas el VIH o el sida). En este último caso puede accederse al segundo nivel. Dicho nivel consiste en realidad en la exclusión del seguro en condiciones normales (las correspondientes al primer nivel) y la inserción de la solicitud en un procedimiento especializado con vistas al acceso al mismo tipo de seguro pero en condiciones específicas. En el segundo nivel se puede requerir al solicitante del préstamo y el seguro más información e, incluso, la realización de pruebas médicas. Las condiciones de este seguro pueden conllevar el pago de una prima más elevada, la introducción de límites en la cobertura (con respecto a las condiciones normales), o ambas cosas. El seguro puede ser también denegado, o puede aplazarse la respuesta durante un plazo que la Convención no determina, pero que puede llegar a ser de años.

Si a raíz del examen llevado a cabo con ocasión del seguro de segundo nivel la compañía aseguradora determina que no puede asumir el riesgo derivado del estado de salud del solicitante, todavía puede recurrir al reaseguro de dicho riesgo en un consorcio de alto riesgo creado específicamente con dicha finalidad. Este consorcio, que constituye el tercer nivel del sistema, es el "*pool* de riesgos muy graves" (en el que quedó integrado el anterior "*pool* de los seropositivos"), está abierto a las compañías y mutuas de seguros miembros de las asociaciones representativas signatarias de la Convención (anteriormente mencionadas), y se especializa en el aseguramiento de grandes riesgos asociados a estados de salud o enfermedades graves. En caso de negativa del *pool*, la solicitud de segundo nivel será rechazada.

Como puede verse, el sistema no garantiza la concesión del seguro, y en dicha medida, aunque mejora la situación de los solicitantes seropositivos al introducir productos y procedimientos específicamente pensados para su situación, no garantiza, sino que únicamente facilita, el acceso al crédito o préstamo. La Convención, para los casos en que el seguro sea denegado, contiene el compromiso de las entidades de crédito adheridas de valorar con el solicitante otras posibilidades para la sustitución del seguro por otros instrumentos de garantía, y en su caso el de aceptar otras posibilidades siempre que proporcionen una garantía equivalente a la lograda a través del seguro.

Por otro lado, el acceso al sistema así diseñado tiene lugar únicamente para las solicitudes de ciertos tipos de préstamos, en cualquier caso dentro de unos límites determinados. Tales préstamos son:

- Los créditos al consumo (préstamos personales) que no superen los 10.000 €, siempre que el plazo de amortización no supere los 4 años y la edad del solicitante sea inferior a 45 años. El solicitante debe declarar además que no tiene abiertos otros créditos cuyo importe conjunto supere, sumado al préstamo solicitado, los 10.000 €.
- Los préstamos profesionales (personales) para la adquisición de locales o de materiales, así como los préstamos hipotecarios que no superen los 200.000 €, siempre que el período de amortización no supere los 12 años y la edad del solicitante sea inferior a los 60 años.

La Convención Belorgey prevé igualmente la creación de una Comisión de Seguimiento y Propositiones, que se reúne periódicamente (cuatro veces al año como mínimo), y cuya función es, como su nombre indica, seguir y supervisar el cumplimiento de la Convención, así como promover posibles mejoras en su contenido, y en general avances en la actividad aseguradora de los riesgos en los que se centra la Convención. Para ello está integrada por seis miembros designados por las entidades de crédito y las aseguradoras, otros seis por las asociaciones de personas afectadas por enfermedades graves y de consumidores, y cinco miembros con formación técnica (al menos dos médicos) designados por los Ministerios de Economía y Sanidad. Igualmente, cuenta con una Sección Científica encargada de desarrollar programas de investigación y realizar propuestas, así como con una Sección de Mediación, cuya función es conocer de los conflictos que la aplicación de la Convención suscite.

Una materia a la que también se refiere la Convención es la relativa al contenido y tratamiento de la información que los solicitantes de préstamos y seguros transmitan a la compañía aseguradora con ocasión del proceso o los procesos anteriormente descritos. En lo que se refiere al contenido de las preguntas que las compañías aseguradoras pueden dirigir a los solicitantes, la Convención señala que su redacción debe ser clara y concisa, y referirse estricta y directamente a cuestiones relevantes para la estimación del riesgo. Expresamente, por tanto, señala que las preguntas no pueden referirse a los hábitos o la orientación sexual del solicitante. Por lo que respecta al tratamiento de la información recibida, la Convención parte de las rigurosas obligaciones de secreto y confidencialidad que pesan tanto sobre compañías aseguradoras y entidades bancarias, como sobre los propios profesionales del sector sanitario. El objetivo de la Convención en este punto consiste en crear unas ciertas pautas de conducta, conforme a las cuales las compañías de seguros deben establecer una clara separación entre sus departamentos o consejos médicos y el resto de sus departamentos de carácter administrativo, con la que garantice el secreto de la información de carácter médico que la compañía reciba, y su no filtración ni uso más allá del departamento o consejo médico. Para ello regula, no sólo composición y obligaciones de los miembros de este último departamento, sino además cuestiones relativas a los medios empleados para el almacenamiento y

custodia de los expedientes, y la separación física y “estanqueidad” material entre tales departamento médico y departamentos administrativos (creación de “murallas chinas”). En concreto, la Convención señala que el personal administrativo no puede en ningún caso recibir información relativa al estado de salud del solicitante, y únicamente la información atinente a la valoración del riesgo asociado al mismo.

En estrecha relación con el marco descrito, entre las medidas con este trasfondo se hallan también las que reglamentan el proceso de recolección de información. En este sentido, la Convención obliga a las compañías aseguradoras a suministrar cuestionarios separados (en documentos diferentes) sobre cuestiones médicas y resto de cuestiones referentes al riesgo, así como dos sobres. Uno de dichos sobres es el que alberga toda la documentación y está destinado a la compañía. El otro, destinado al departamento o consejo médico, es el específicamente entregado al solicitante para que, si así lo desea, introduzca en él el cuestionario médico, caso en el cual el sobre deberá permanecer en todo momento cerrado hasta alcanzar su destino, de manera que únicamente el personal médico tenga acceso a la información que contiene.

La Convención expresamente prevé y admite que pueda ser necesaria, y que las compañías aseguradoras requieran, la realización de tests, exámenes y pruebas médicas, que incluyan, entre otras cosas, análisis sanguíneos. Y ello para respetar uno de los objetivos que laten en el fondo del planteamiento al que responde: que la política a aplicar a las personas con VIH o enfermas de sida responda a un cálculo y estimación del riesgo lo más perfecta posible desde el punto de vista técnico actuarial, y que la disciplina actuarial progrese en este preciso campo lo más rápidamente posible; pues es este otro de los factores que puede contribuir a la mejora de la situación de las personas seropositivas en el acceso a los servicios de seguro y previsión.

4. Observaciones y posibles líneas de acción para el tratamiento de la situación de las personas con VIH en el acceso a servicios de seguro y otros servicios financieros conexos.

Partiendo de las constataciones realizadas en apartados anteriores, y a la vista de los ejemplos que hemos descrito en referencia a situaciones similares a las analizadas, tal como se han venido planteando en otros países, a continuación realizaremos una serie de observaciones relativas a las posibles líneas de acción tendentes a remediar tales situaciones. Dichas líneas de acción tienen diferente naturaleza, pues un primer bloque se centra en la detección y prevención de conductas discriminatorias sobre la base de la legislación en vigor y los instrumentos jurídicos a disposición de los ciudadanos, mientras que un segundo bloque estará destinado a enunciar posibles fundamentos para el estudio y promoción de medidas de acción positiva por parte de las Administraciones para mejorar la integración socioeconómica de las personas con el VIH a través del acceso a los servicios de seguro.

Detección y prevención de conductas discriminatorias prohibidas

Las prácticas conforme a las cuales las compañías aseguradoras declinan la solicitud de seguros a personas con VIH, o las cláusulas que excluyen los riesgos relacionados con el VIH en general, encuentran un claro límite en la prohibición e ilicitud de las conductas injustificadamente discriminatorias. Tal como quedó sentado, en el marco de la actividad aseguradora, dichas prácticas y cláusulas deben considerarse discriminatorias en la medida en que no se basen en criterios técnicos actuariales fundados o razonables. En la medida en que no satisfagan este requisito, tanto el Derecho privado como el Derecho público proporcionan una buena base para combatir tales prácticas y la validez de las señaladas cláusulas por diferentes vías.

a. Ejercicio de acciones judiciales.

Partiendo de la idea de que el rechazo de las solicitudes de seguros, o las cláusulas que excluyen de los riesgos cubiertos por el contrato los asociados al VIH, pueden ser contrarias, respectivamente, al art. 7 Cc (que prohíbe el abuso del derecho) o al art. 1255 (conforme al cual serían nulas las cláusulas contrarias a la ley o al orden publico), ambas prácticas pueden ser atacadas mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial, o mediante su empleo en otras formas en el marco de un proceso.

La dificultad asociada al ejercicio de acciones judiciales con esta finalidad estriba en que dicho ejercicio conllevaría la necesidad de probar el efectivo carácter discriminatorio de la práctica o cláusula atacada por parte del demandante en cada caso legitimado, o de la persona que desee alegarlo, para lo cual es necesario estar en posesión de información actuarial técnicamente compleja. Esa clase de información es precisamente la que de forma habitual y con carácter profesional manejan las compañías y en general la industria aseguradora, y lo cierto es que debe contarse con la clara posibilidad de que en una controversia con el trasfondo descrito puedan ser fácilmente justificadas cualesquiera de las conductas que nos ocupan. Esta es una cuestión que de todos modos necesitaría de una comprobación de carácter técnico actuarial.

Asimismo, e igualmente en el campo del derecho privado, existen normas específicas sobre contrato de seguro y sobre cláusulas abusivas que es necesario tener en cuenta en este apartado, pues pueden tener aplicación en concreto a las cláusulas de exclusión de los riesgos asociados al VIH. En lo que a esto se refiere, en primer lugar, el art. 3 LCS declara que las condiciones generales del contrato de seguro (en las que se incluyen las cláusulas listadas al inicio de este Informe) no pueden ser lesivas para el asegurado, y, para los contratos celebrados con consumidores (*i.e.*, siendo consumidor el tomador o el asegurado), el art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRCU), declara abusivas las cláusulas no negociadas individualmente (tales como las incluidas en condiciones generales) que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Entre los casos que a título ejemplificativo menciona esta

última norma se hallan aquéllos en que determinen la falta de reciprocidad del contrato. En interpretación de las normas sobre cláusulas abusivas del TRCU (ya presentes en la normativa anterior sobre esta materia), interpretación que en términos generales también resulta útil para determinar cuando una condición general puede ser lesiva bajo la LCS, la jurisprudencia tiende a considerar que existirá carácter abusivo cuando, de acuerdo con el análisis de la cláusula desde un criterio valorativo que incluya incluso consideraciones de carácter ético, pueda considerarse que la misma ocasiona o puede ocasionar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2002). Para la determinación del carácter abusivo de las cláusulas anteriormente analizadas, y en concreto para determinar hasta qué punto responden a un correcto equilibrio entre las prestaciones de las partes, debe manejarse aquí de nuevo el criterio anteriormente empleado para determinar el posible carácter discriminatorio de las conductas analizadas. Es decir, y nuevamente, cuando estas cláusulas respondan a un cálculo actuarial técnicamente fundado y razonable, cálculo que, entre otras cosas, haya servido para calcular la prima que debe pagar el tomador del seguro, entonces respetarán el normal equilibrio de las relaciones entre las partes en el contrato de seguro. En casos en que no satisfagan este requisito es cuando existirá la posibilidad de que sean abusivas o lesivas, para lo cual podrá ser necesario demostrar que son contrarias a la buena fe, y que el desequilibrio que causan, en términos del TRCU, es importante.

El efecto de la calificación de estas y otras cláusulas como abusivas es la nulidad e ineficacia de su contenido. En el marco de un contrato de seguro, por tanto, lo que esto conllevaría sería que el asegurador no podría negarse a abonar la indemnización o cantidad prevista basándose en el hecho de que el siniestro o evento producido se deriva de alguno de los riesgos derivados del VIH. Así considerada, la aplicación de estas normas tiene en principio utilidad en caso de que se produzca un conflicto con este trasfondo entre un asegurado seropositivo y una aseguradora, en la aplicación y ejecución del contrato (por ejemplo, en caso de reclamación de la cantidad que sea a la compañía aseguradora). Pero además, un punto importante y que interesa mencionar es que bajo el TRCU se regula una acción, la acción de cesación, que puede dirigirse contra el empresario que utilice este tipo de cláusulas de forma regular (como sucede con las incluidas en condiciones generales de los contratos) precisamente para obligarle a que cese en su uso (arts. 53 y 54 TRCU). Para el ejercicio de esta acción están legitimados el Instituto Nacional de Consumo (o los órganos autonómicos paralelos), el Ministerio Fiscal, y las asociaciones de consumidores constituidas con arreglo al TRCU, por lo que podría valorarse la posibilidad de promover que alguno de estos organismos u organizaciones analizase esta cuestión. Esta posibilidad, que como se ve constituye otra vía para combatir estas cláusulas, requiere, no se olvide, probar que se trata de cláusulas abusivas.

Todas estas opciones están muy estrechamente ligadas con las mencionadas anteriormente en este mismo apartado, en la medida en que probar que una de estas cláusulas es abusiva o lesiva encuentra las mismas dificultades que probar que son discriminatorias. Y ello porque, como hemos dicho, el criterio

a manejar (entre otros, en lo que se refiere a las cláusulas abusivas) exige la demostración de que no responden a cálculos actuariales fundados. Dificultad esta que hace conveniente que se planteen otras opciones.

b. Medidas de naturaleza administrativa.

Al margen de la vía judicial, existen vías administrativas que pueden resultar también efectivas con esta finalidad. En este sentido, bajo el mandato de los arts. 1.1, 14, 49 y 149.1.1° (este último declara la competencia de la Administración General del Estado en materia de asistencia social) existe normativa (como hemos visto) e infraestructura administrativa específica para combatir la discriminación por razón de discapacidad. A estos efectos, existe la posibilidad de solicitar asesoramiento o dirigir denuncias a la Oficina Permanente Especializada (OPE) del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND) ante situaciones de discriminación (Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la discapacidad; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 736/2005, de 17 de marzo, por la que se regula la estructura y funcionamiento de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad). Conforme a esta posibilidad, si se presenta una denuncia o se solicita asesoramiento ante un caso de discriminación por razón de discapacidad, puede abrirse un expediente informativo en el cual la OPE recabará la información oportuna para su elevación a la Comisión Permanente del CND, el cual podrá emitir recomendaciones para la prevención o cese de la conducta comunicada.

Para el recurso a esta posibilidad es necesario que la discriminación tenga lugar por razón de discapacidad. Y en este punto la legislación administrativa plantea algunas dudas que pueden suponer nuevamente alguna dificultad para la denuncia de conductas discriminatorias. Estas dudas derivan de las diferentes definiciones que de la noción de minusválido o discapacitado manejan las leyes anteriormente citadas y en las que se enmarca la posibilidad que está en trance de ser valorada. Efectivamente, la LISMI, en su artículo 7, entre los titulares de los derechos regulados en la Ley incluye a los minusválidos, entendiendo por tales aquellas personas cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. La LISMI aclara, como también sabemos, que los grados de minusvalía deben ser reconocidos mediante un procedimiento administrativo individualizado. Por su parte, la LIONDAPD restringe la noción de discapacitado a aquellas personas que tengan reconocido un grado de minusvalía mínimo (33%). El reconocimiento de grados de minusvalía claramente condiciona el acceso a los servicios sociales que prevén las normas. Y se plantea la duda de hasta qué punto la defensa de los discapacitados o minusválidos contra la discriminación de cualquier clase (incluida la hipotéticamente encontrada en el acceso a los bienes y servicios ofertados al público, los cuales expresamente caen bajo el ámbito de aplicación de la LIONDAPD, art. 3), canalizada en lo que ahora nos interesa a través del CND, está condicionada igualmente al hecho de tener reconocido algún grado de minusvalía. Ello porque parte de los afectados por el VIH (entre ellos los asintomáticos) no tienen reconocido ningún grado de

discapacidad o pueden tenerlo por debajo del 33 % (conforme RD 1971/1999). A estos efectos la LIONOA es clara en sus términos (art. 1), y es en el marco de esta ley en el cual se contemplan las medidas antidiscriminación y medidas de acción positiva en protección de los discapacitados. Está claro que para la apreciación del carácter discriminatorio contrario al art. 14 CE, como ya apuntamos, no es necesario que la enfermedad, infección, minusvalía o discapacidad sobre la base de la cual se discrimine conlleve el reconocimiento de un grado de discapacidad determinado, y sin embargo parece que la LIONDAPD limita en función del señalado dato el acceso a los mecanismos de protección antidiscriminación que dispone y que se canalizan a través de CND. Si se toma como relevante la definición de minusválido de la LISMI, parece, al contrario, que esta dificultad desaparece.

Hecha esa salvedad, ley señala que las denuncias a las que nos hemos referido pueden ser realizadas por las asociaciones representativas de personas con discapacidad, asociaciones que normalmente, en el caso del VIH, reúnen y representan a los afectados por el virus en cualquier grado y sin lugar a distinción, y cuyos actos por lo tanto, en este y otro campo, beneficiarán a todos ellos.

Un segundo recurso de igual naturaleza, y que sobre esta misma base puede tener eficacia para combatir las prácticas que nos ocupan por discriminatorias, es la denuncia ante la autoridad sectorial competente en materia de seguros, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (incardinada en el Ministerio de Economía y Hacienda). Entre las competencias y facultades de la DGSFP está la de requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de los modelos de pólizas, tarifas de primas y las bases técnicas para controlar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro, así como los principios actuariales (en los seguros de vida), conforme al art. 25 TRLOSSP. En este sentido, deberá instruir expedientes en los casos en que detecte alguna infracción, en relación con lo cual debe destacarse que la LIONDAPD, en concreto en las disposiciones que establecen medidas antidiscriminación, resulta aplicable y vinculante, no sólo para la Administración General del Estado competente en materia de asistencia social, sino igualmente para todas las Administraciones en el marco de sus competencias específicas (TÓRRES LÓPEZ 2006), incluida por tanto la DGSFP. Ello sin perjuicio de que pueda afirmarse que en general el control de las conductas discriminatorias por actuarialmente deficientes es competencia bajo el TRLOSSP de la DGSFP.

Antes de cerrar este apartado, y tal como se adelantó en páginas anteriores, debe destacarse que, con independencia de la opción que se considere preferible de las anteriores, puede afirmarse con bastante fiabilidad el carácter discriminatorio (y posiblemente abusivo) de las cláusulas que excluyen los riesgos derivados del VIH cuando en el momento de la conclusión del seguro el asegurado no está afectado por el virus, y en la póliza no se da el mismo tratamiento a otras afecciones o enfermedades de similar gravedad o riesgo.

Otras vías de acción posibles basadas en la interlocución

Además de las medidas de control relacionadas en el apartado anterior, y dada la dificultad asociada a algunas de ellas, estimamos conveniente el planteamiento de otras medidas de control basadas en la interlocución con la Administración pública y con la industria aseguradora. La implicación de esta última resulta de particular importancia, pues es de todos los agentes implicados el que en mejor posición está para promover el avance de la ciencia y técnica actuarial a favor del correcto tratamiento desde el punto de vista del seguro de las personas afectadas por el VIH. En este punto, en concreto, resulta de particular importancia el seguro de vida, y los seguros de enfermedad (incluida la cobertura por invalidez), pues, sin menoscabo de la importancia de otros seguros, y en concreto el de asistencia sanitaria, mientras este tipo de asistencia está cubierta ya por el sistema de Seguridad Social, los seguros mencionados en primer lugar no cuentan con un sistema público de prestación y pueden tener y tienen un impacto importante en el acceso, como hemos visto, a otros servicios financieros (los préstamos en el caso de los seguros de vida), y en la situación de los afectados y de sus familias y los instrumentos de previsión a su disposición (seguros de vida y de enfermedad).

Las medidas con esta orientación pueden ser combinadas con otras de carácter complementario que conlleven la implicación de las Administraciones a través de programas de acción positiva, tendentes a implementar la igualdad y la integración socioeconómica de las personas seropositivas, en el marco de las políticas transversales que en general para la ayuda a los discapacitados implementan las leyes administrativas.

Las acciones dignas de consideración puede ser:

- a. Siguiendo el modelo francés, la promoción de un diálogo y trabajo conjunto especializado entre las Administraciones Públicas competentes en materia de asistencia social (en concreto la OPE, con competencias también en materia de investigación, y a la vista de la función consultiva que también asume el CND; así como el Real Patronato sobre Discapacidad) y en materia de seguros y otros servicios financieros (en concreto la DGSFP y el Ministerio de Economía), y la industria aseguradora, para fomentar el progreso de la disciplina actuarial de cara al correcto tratamiento de las personas afectadas por el VIH en el acceso a los servicios de seguro, a través de la identificación de las condiciones en que la industria aseguradora estaría en posición de proporcionar a seropositivos y enfermos de sida los servicios de seguro anteriormente mencionados, incluidos específicamente los necesarios para el acceso a otros servicios financieros, tales como el préstamo bancario.
- b. La valoración de la posibilidad de, mediante disposición legal o reglamentaria, remitir a vehículos especializados en grandes riesgos o riesgos agravados el aseguramiento de los riesgos asociados al VIH (y otros riesgos similares relativos a la salud humana) en la medida en que ello se considere justificado desde un punto de vista socioeconómico y con vistas

a un más adecuado nivel de integración de los afectados, y en caso, al estilo del modelo norteamericano, de que el mercado de seguros no esté en condiciones de cubrir la demanda de estos servicios para tales situaciones. Para ello en España se cuenta con el Consorcio de Compensación de Seguros, Entidad Pública Empresarial encargada de asegurar determinados riesgos que por su carácter extraordinario no resultan asegurables en el mercado por las compañías aseguradoras. La actividad en este sentido del Consorcio (cuyo estatuto ha sido aprobado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre) tradicionalmente ha estado reservada a ciertos ramos del seguro de daños, y en buena medida para riesgos extraordinarios. Recientemente, no obstante, y si bien en relación con riesgos extraordinarios (actos de terrorismo en masa) la actividad del consorcio ha quedado ampliada al ramo del seguro de vida y la cobertura de la invalidez (Ley 12/2006, de 16 de mayo). Los grandes riesgos o riesgos agravados relativos a la salud humana, por tanto, y quizá dentro de los límites que lo justifiquen (en las correspondientes condiciones a ser identificadas en función de los intereses presentes), podrían quedar bajo las funciones del Consorcio en caso de que el mercado no alcanzase a cubrirlos.

- c. Tanto en uno como en otro caso, una estrategia también a contemplar y debatir en el marco descrito y con la participación por tanto de asociaciones u organizaciones representativas, podría centrarse en la prestación de ayudas públicas para la contratación de servicios de seguro (nuevamente siguiendo el modelo norteamericano), cuando la integración social y económica de personas con VIH (o afectadas por enfermedades graves) así lo requiera, dado el presumiblemente elevado importe de las primas a pagar, y en concreto para el acceso a otros servicios financieros conexos (préstamo bancario). Los problemas para esta última posibilidad, en el marco de las medidas de acción positiva para la asistencia social, nuevamente tienen que ver con la especial situación de las personas con VIH asintomáticas, o con un bajo grado de discapacidad, pues en la mayoría de los casos quedan fuera de la aplicación de medidas de esta naturaleza, y son precisamente los que en mayor medida tienen a su alcance un grado pleno de integración y el mantenimiento de una vida normal por sus propios medios.

Por último, el marco descrito puede ser el idóneo igualmente para la discusión y toma de medidas para sensibilización del sector financiero y el mejor tratamiento de las personas con VIH y quizá otras enfermedades graves, al hilo de las relaciones comerciales que las entidades financieras y aseguradoras entablen con ellos por causa de la solicitud de servicios. Las conductas, por ejemplo en la realización de preguntas y cuestionarios (al amparo del art. 10 LCS), que puedan resultar discriminatorias (o igualmente injustificadas por atentar contra algún derecho del solicitante, como el derecho a la intimidad) pueden ser controladas sobre la base de las mismas herramientas que hemos identificado al inicio del presente apartado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las preguntas relativas a la presencia del VIH, a la realización de pruebas previas, o incluso la

exigencia de la realización de pruebas previamente a la celebración de un seguro, pueden considerarse lícitas y justificadas por los motivos a lo largo de este Informe expuestos y tomando en cuenta la necesidad de valorar el riesgo asociado al estado de salud de las personas para el correcto funcionamiento de los contratos y el mercado de servicios de seguro. Ha de tenerse presente que en España contamos con precedentes jurisprudenciales que admiten que las compañías aseguradoras requieran la realización de pruebas si ello aparece justificado por la cuantía de la cobertura solicitada u otros extremos del contrato a celebrar (Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, 2006), así como que existen casos más dudosos que conviene regular o someter a instrumentos sectoriales, como códigos de conducta (claramente, semejante exigencia, pero no para el acceso a un seguro, sino para el acceso a un puesto de trabajo determinado bajo la cobertura de un seguro colectivo de salud, invalidez o vida, que en este caso, procediendo del empresario o empleador, resulta claramente atentatoria contra el derecho a la intimidad –*vid.*, *e.g.*, Código de Conducta de la Organización Internacional del Trabajo sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, 2001).

Esta es nuestra opinión sobre la consulta planteada, que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho. Y para ello firmamos el presente Informe en Getafe, a 11 de diciembre de 2008.

Marta García-Mandaloniz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

Manuel Alba Fernández
Profesor Titular Interino de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid