

CAPÍTULO 31

SEGUROS Y COBERTURAS EN LA MAYOR EDAD. PROSCRIBIENDO LA DISCRIMINACIÓN

ABEL B. VEIGA COPO

Universidad Pontificia Comillas

1. PERÍMETROS DE RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

¿Qué *ratio*, qué incentivo arrastra *per se* un seguro de personas para que el mismo sea contratado para la vejez? (Pothier, 1818), ¿qué busca un asegurado o un tomador cuando contrata esta modalidad o ramo de seguros tan plural como diverso, tan individual como colectivo o grupal?, ¿cuál es el interés objetivo jurídicamente tutelable en un seguro de vida, máxime cuando el mismo pende sobre cabeza ajena, en un seguro de dependencia, de asistencia sanitaria o uno de decesos? ¿Y cuál cuando alguno de ellos muta el tradicional objeto de suma abstracta, incluso indemnitaria por gastos, para convertirse en un genuino seguro de prestación de servicios asistenciales, como es la asistencia sanitaria o la propia dependencia?¹

No cabe duda que, cualesquiera de los anteriores interrogantes incide no solo en la vida y la salud, cuanto en una variable única, la edad. En efecto, la edad, el estado vital y físico-psíquico a partir de un momento, los posibles cuidados, la pérdida funcional de autonomía, la asistencia sanitaria, etc., son el nervio axial indefectiblemente unido a la longevidad y la mayor esperanza de vida. Contratos de seguros todos ellos que, sin embargo, se contratan en momentos más tempranos de la vida de una persona, tomador o portador del riesgo según los casos, pero con la finalidad de asistencia y ahorro, propia de los seguros de personas, llegadas unas circunstancias y atravesado un umbral de edad.

1. Como acertadamente señala Velliscig (2018:24) en prácticamente todas las experiencias jurídicas, el seguro es un fenómeno «falmente pervasivo» de todo aspecto de la sociedad contemporánea hasta el punto de ser un instrumento privilegiado en la gestión del riesgo. En efecto, en la moderna economía del seguro deviene esencial en cualesquiera aspectos de la vida de los individuos, de las familias, de las empresas, de las organizaciones, así como también de las comunidades puesto que el seguro es un modelo de gestión del riesgo que busca mitigar eficazmente las consecuencias económicas que manan o derivan del acaecimiento o de la ocurrencia del riesgo mismo.

Conviene no olvidar tal y como expresamente reconoció la ley de 13 de julio de 1930 en Francia que introdujo a nivel legislativo el seguro de personas, los mismos anclan su esencia en dos principios que gobiernan e inspiran estos seguros, a saber, el *principio forfetario* de un lado y, de otro lado, el principio de la ausencia de acción subrogatoria [viejos pero esenciales artículos 54 y 55 de aquella norma]².

¿Siguen siendo válidos o en su caso, son comunes los fundamentos y la función social que hemos patrocinado para el contrato de seguro en general, también respecto de los seguros de personas y más en concreto, en todas sus modalidades y ramos conocidos teniendo como columna vertebral el factor edad y la longevidad?, ¿qué es asegurable y qué no asegurable? (De Graëve, 2017). ¿qué se demanda de un producto de seguro de vida en verdad?³ ¿Acaso no sigue siendo una obviedad innecesaria hablar de la asegurabilidad de los riesgos hoy día? (De Graëve, 2017). ¿Quid por ejemplo en el momento actual respecto al riesgo de longevidad y cómo se aborda o trata el mismo desde el seguro y desde los fondos de pensiones?⁴.

¿Cómo influyen a la postre las particularidades técnicas en los seguros de personas en base a la estadística y cálculo actuarial (Velliscig, 2018). Una persona mayor, o cuando va cumpliendo años ¿es más propensa o por el contrario aversa al riesgo?, ¿acaso no era ya predecible y en base a ello se tarifó durante años las primas que se han ido abonando en esa variable de edad y propensión al riesgo? ¿Y cómo lo está haciendo o impactando la inteligencia artificial y el big data en un mayor «control» del riesgo del asegurado y sus hábitos saludables o fiscalización a través de wearables?, ¿qué recorrido tendrán los seguros *pay as you live*?, o planteado de otro modo, ¿cómo se ajustan las primas o coste del seguro al verdadero riesgo constante que día a día o por franjas temporales impacta en el asegurado?⁵.

O, ¿cómo en el seguro impactan nuevas actividades y nuevos riesgos que no solo tensionan el seguro de personas y los de accidentes sino también la misma definición de la responsabilidad?⁶. ¿Cómo y en qué medida va a afectar a la exégesis constructiva y evolutiva de los seguros de personas toda la digitalización que el contrato de seguro está experimentando y, sobre todo, el

2. Los seguros de personas son de «*prévoyance*», que permiten proteger «et de prendre soin de l'assuré lors d'un accident ou d'une maladie. Elles permettent également d'assister l'assuré ou un tiers, en lui fournissant des revenus, afin de bénéficier d'une vie décente ou confortable» (Beignier/Ben Hadj Yahia, 2021: 716).
3. Un buen estudio empírico y analítico de la predecibilidad de la demanda de seguros de vida, en el que teoría sistémica y metodología de inteligencia artificial son combinadas para explorar una mejor estimación y predicción de la demanda de seguros de vida es el de Heo 2020.
4. Sobre la agrupación de los fondos de jubilación y los productos asegurativos, puede verse Narker, 2022.
5. Destacan las pólizas que Hancock ofrece a través de sus programas «*vitality program*». Muñoz (2021) alude a este tipo de seguros «*Pay as you drive*», «*Pay as you live*» y que comercializan ya en España diversas aseguradoras con limitaciones o bien temporales, o bien de hábitos saludables, o bien a través de descuentos, franjas kilométricas, etc.
6. Sobre las peculiaridades del seguro de vida, Pérez-Serrabona (2022).

uso de datos masivos en el comportamiento conductual, hábitos, conductas saludables, etc., de un asegurado en seguros de vida, de asistencia sanitaria, etc.⁷, ¿se discrimina al seleccionar o al analizar esos datos y excluir buenos y malos riesgos atinentes a la salud o a la persona misma en función de su edad o sus antecedentes genéticos y familiares?⁸

Al igual que en el resto de ramas, el seguro de vida, de salud, de accidentes, etc., busca neutralizar el riesgo asumido a través de la mutualización y la distribución y fragmentación del riesgo entre una ingente masa de asegurados, todos ellos expuestos a riesgos idénticos o sumamente similares⁹. Ello no supone ignorar en ningún momento el fundamento del seguro como mecanismo compensatorio también en estos seguros de personas.

No cabe duda de que, frente a esos riesgos inherentes a la vida humana, los riesgos demográficos, están también los riesgos financieros que asume el propio asegurador y que le permitirán el pago de los capitales o sumas aseguradas o cualquier otro tipo de beneficios o réditos del seguro de personas, significativamente el de vida y a partir de una determinada edad¹⁰.

Conviene no ignorar que la definición que la ley depara para el contrato de seguro en su artículo 1 se queda hoy pequeña. Como también sucede respecto a la de seguro de personas con un lacónico artículo 80 que dice: «El contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado». Sumamente angosta, lo que no quiere decir que no sea válida o continúe siendo válida. Ni sintética ni analítica (Vilret 2019:253). Pero este no fue el camino abordado por el legislador de 1980¹¹. No cabe duda de que la opción, contrapuesta a la sintética es profundizar en una definición analítica, la cual ha de incluir los elementos esenciales o identificadores cuando menos, del contrato mismo (Haddad 2017).

7. A título meramente ejemplificativo el pasado 14 de abril de 2021 el Departamento de Seguros del Estado de Connecticut publicó un documento bajo el evocativo título de «El uso de macrodatos y la evitación de prácticas discriminatorias», en las que se alerta de como el uso creciente de Big Data e inteligencia artificial está cambiando el panorama de seguros debiendo las aseguradoras utilizar tecnología y big data de conformidad con las leyes federales y estatales contra la discriminación. (Fogan/Cacabelos 2021).
8. Sobre la mutación del seguro de personas y el big data, Vilret (2019) hace bascular la gran transformación que viven los seguros de vida y también los de capitalización.
9. Velliscig (2018:26) señala como no todos los que pertenecen a un grupo sufrirán efectivamente el acaecimiento de un siniestro, cuanto más amplio sea el grupo asegurado, mayor será la eficacia de la mutualización dado que la aseguradora, compensando entre riesgos que acaecerán y aquellos otros en los que el riesgo nunca se verificará, sí estará en grado de absorber fácilmente las pérdidas.
10. Como bien señala Albanese (2016:90) a través del seguro, se transfieren por el asegurado al asegurador el riesgo «demográfico», inherente a la duración de la vida y valorable conforme a criterios estadísticos, y el riesgo «financiero», correspondiente a las inversiones que el asegurador efectúa sobre las primas abonadas por el cliente. De la correcta valoración de tales riesgos asumidos, dependerá la capacidad de la aseguradora para satisfacer las propias obligaciones contractuales (pago de los capitales y de las rentas prometidas) y descenderán los beneficios de la actividad aseguradora.
11. Entre otros, Veiga (2020) al analizar los artículos 1 a 3 y 80 y ss.

Pero la misma no puede estar desapegada de una realidad, cambiante, dinámica, evolutiva que está estirando los marcos configuradores del propio seguro, superando estigmas, preconcepciones, limitaciones¹². El seguro avanza, se renueva, se adapta y configura perfiles. Se adapta a las necesidades de una longevidad cada vez más alta y con más necesidades, cambiantes y diferentes. Comparativas, perfiles, portales, datos y configuración *ad hoc* del producto «*pay as you live*» etc., y un acceso telemático a una información ahora ingente, es la pauta de comportamiento de una nueva concepción del consumo y de productos para nuevas generaciones de clientes, entre las que están las personas de unas determinadas franjas de edad¹³. Sufre un genuino proceso de metamorfosis y evolución constante, nuevos seguros, nuevos riesgos, siniestros ignotos hasta hace bien poco. Con ello, sin embargo, la línea que define, perfila y perimetra a este contrato, en cierto modo, se está diluyendo, basculado la finalidad del seguro de vida y su función «*previdenziale*» a otra más especulativa. (Franzoni 2016).

Acaso ¿no se están distorsionando los viejos esquemas de un seguro de personas tal como el de vida cuando se basa o participa en productos de inversión?¹⁴ Sin lugar a dudas, no puede si no constatarse, la profunda metamorfosis que algunos seguros, como el de vida, por ejemplo, está sufriendo o viviendo y donde confluyen la dimensión puramente de seguro con otras más propias de los mercados financieros y donde un segmento de la sociedad invierte en estos productos de seguro con un claro objetivo de ahorro para cuando se alcance o bien la jubilación o ciertas edades¹⁵. O qué está ocurriendo igualmente con el aseguramiento obligatorio, cada vez son más los asegurados que tienen la obligación legal de asegurarse, pero ¿a qué

12. Sobrino (2018) se refiere a la ontología del lenguaje respecto al uso de la denominación de contrato en ciertos casos, que va más allá de una mera cuestión semántica. Y donde en un determinado momento hace referencia a un claro interrogante, a saber, el contrato de seguros: ¿es un «contrato»?
13. En el portal PuntoSeguro no solo se encuentran tipologías de productos de seguros de vida y riesgos, así como comparativas entre productos y referencias o garantías diferenciales como por ejemplo que algunas compañías sí ofrecen directamente cobertura frente a virus, pandemias como el coronavirus, etc., o la vinculación de ciertos hábitos saludables a la entrega de bonos o descuentos para productos y marcas monitoreados a través de específicas apps. Vid., en la web [<https://www.puntoseguro.com/blog/mejores-seguros-de-vida-riesgo-comparativa-precios-coberturas/#lifesure>] el artículo «Los mejores seguros de vida riesgo en 2022: comparativa de precios y coberturas».
14. Para Binon (2016:24) los productos de seguro de vida de última generación están viviendo una profunda metamorfosis. Probablemente el origen de esta crisis, se encuentra esencialmente, en las reglas favorables reservadas por el legislador al seguro de vida, sobre todo en el ámbito fiscal. Taxativo señala como la LCAT ha consagrado en favor de los seguros de vida reglas civiles derogatorias del derecho común, calificadas a menudo como «privilegios civiles» que permiten tener, en gran medida, los capitales asegurados (a salvo de la codicia de otros, cónyuges, herederos, acreedores del tomador).
15. Albanese (2016: 90) afirma como no puede reconducirse a la tipología del seguro de vida aquel «*in cui l'ansia il quantum della prestazione dell'assicuratore siano stati collegati a parametri che prescindono completamente dalla vita dell'assicurato*». El autor se hace eco de la sentencia del Tribunal de Venecia de 24 de junio de 2011 en un supuesto en el que la prestación del asegurador estaba ligada al valor de títulos que se adquirían en la bolsa.

responde o qué trasfondo rige tamaño obligación?, ¿a una suerte de extensión del carácter de la solidaridad y la función social del seguro? (Franzoni 2016; Partisani, 2016).

Pero, ¿qué esperamos de un seguro cuando perfeccionamos el mismo? (He y Faure, 2018). ¿Por qué se contrata un seguro?, ¿qué esperamos de un contrato y, sobre todo, qué cabe no esperar del mismo?¹⁶ ¿Qué expectativas tiene un tomador del seguro o asegurado ante el contrato y el riesgo que cree asegurado plenamente a lo largo de toda una vida?¹⁷

¿Quid con las legítimas expectativas sobre el contenido natural del condicionado y, por ende, del contrato de seguro ex artículos 1258 CC y del que nos hemos ocupado extensamente en anteriores capítulos de esta obra? Interrogantes que, además, nos deben situar en el plano o ámbito de la función o funciones que debe cumplir el seguro¹⁸. Y ¿quid con las expectativas a la postre de un asegurador? ¿Qué ocurre cuando la jurisprudencia enerva o fagocita estas expectativas distorsionando en cierto sentido la función y el fundamento del seguro mismo?

¿Es factible que a través del contrato del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado? Quién contrata un seguro de dependencia o de vida, o sobrevivencia en su caso, tiene un claro comportamiento conductual, llegar a la vejez y gozar de una renta o prestaciones asistenciales que le permitan una mayor y mejor calidad de vida. O, ¿acaso no existen presupuestos o factores de garantía *sine qua non* que no solo posibilitan el seguro, sino que condicionan y presuponen el riesgo mismo causal del contrato? Son los que se conocen como condiciones de garantía ante el riesgo, es decir, una serie de medidas o presupuestos preventivos que suponen un hacer o un tener y que juegan como una condición previa pero necesaria para hacerse cargo el asegurador del riesgo, ya que el asegurado debe seguir escrupulosamente los requisitos (Basedow 2021).

Piénsese así, meramente a título ejemplificativo, en el perímetro del riesgo y ciertos deberes de aminorar o prevenir aquél por parte del asegurado. Si esto fuere así, significaría que una entre las múltiples funciones que desempeña el seguro es la de que, controlando el riesgo moral, se consigue la reducción misma del riesgo (Priest 1996) Pero más allá de connotaciones económicas, a la par que especulaciones sobre el comportamiento del portador

16. Robineau (2021) a propósito de la sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de marzo de 2021, n.º 18-12376.
17. Clásica en la literatura norteamericana del seguro «las expectativas razonables». Así, señala Schwarcz (2016: 1394) que «los asegurados, por lo tanto, pueden superar las exclusiones aplicables sin ambigüedad en sus pólizas si un asegurado objetivamente razonable esperaría cobertura sobre la base de factores tales como el lenguaje y la estructura de las pólizas, las prácticas de mercadeo de la aseguradora, la teoría de suscripción y las creencias generalizadas entre los consumidores sobre el alcance de diferentes tipos de seguro».
18. Desde otra óptica también debemos plantearnos hoy cuáles son las funciones que quieren cumplir las aseguradoras. (Laird/Mansfield, 2021).

del riesgo y la selección adversa, no cabe duda de que, el riesgo es el nervio que une a aseguradora y tomador en el contrato, si bien el tratamiento y el interés de cada uno difiere (Bigot, 2014).

Y difiere porque es distinto el motivo que cada uno atesora, como la técnica actuaria que emplea la aseguradora basada, sobre todo, pero no como único elemento, en la mutualidad (Stiglitz 2016). Esto es, el agrupamiento de un cierto número de personas sometidas a un mismo riesgo a fin de repartir entre todas ellas las consecuencias y gravámenes del siniestro (Beignier/Ben Hadj Yahia 2021). Como también lo es el cálculo de probabilidades (Fontaine 2016).

Cuestión distinta es alcanzar el equilibrio contractual, obteniendo cada parte el *maximum* posible de utilidad, maximizando el beneficio, aminorando o minimizando el perjuicio¹⁹. Dispersarlo, que no diluirlo, es, en suma, la finalidad del seguro. Pero este no es especulación, es riesgo puro, no artificial²⁰. La bóveda del seguro es la transferencia y asunción de ese riesgo, seleccionándolo, valorándolo, analizándolo, pero, sobre todo, antiseleccionando aquellos riesgos que otro, la entidad aseguradora, asumirá o por el contrario excluirá a cambio de un precio (Fontaine 2016).

II. RIESGOS CLÍNICOS Y LA EDAD COMO FACTOR DE RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

Salud y edad se convierten en coordenadas esenciales a la hora de valorar y, por tanto, seleccionar los riesgos que pueden ser asumidos en el seguro de personas, vida, enfermedad, asistencia sanitaria, dependencia, etc.²¹.

Su relevancia, su esencia no impide ver con anteojeras y ser conscientes sin embargo de una potencial, al menos, situación de cierto conflicto con derechos de la personalidad del propio asegurado y medir el grado de acceso a una información específica, particular y personal del asegurado. El sufrir o no ciertas enfermedades, su desencadenante y causa, la valoración social que algunas dolencias tienen, etc., genera sin embargo una tensión entre la necesaria tutela del asegurado y su derecho a intimidad y al honor y de otra, el equilibrio justo prestacional entre las partes. Lo que en el fondo se suele traducir en una selección adversa inversa²².

19. Fischer (1992) señala: «The difficulty with insurance contracts is not with their structure or with the insurer's superior size. Nor, in the absence of a showing of substantive unconscionability, is the difficulty with the actual terms of the insurance contract. Rather, the difficulty with insurance contracts lies in the average insured's inability to appreciate fully what events are covered and what events are not covered».

20. Breedy, (2012) señala como el riesgo especulativo es artificial, dado que el ser humano lo crea y lo busca para satisfacción o beneficio; en cambio, el riesgo puro el ser humano no lo busca, sino que huye para que no recaiga sobre él, fungiendo el seguro como un mecanismo previsional.

21. Corfias, (2008) sobre el rol que juega la esperanza de vida en el seguro.

22. Siegelman, (2004) refiriéndose a la reverse adverse selection as «creamskimming».

Pero, ¿cómo valoramos acaso el riesgo de inactividad, el sedentarismo? ¿Acaso no existen seguros por tiempo de inactividad en el ámbito de daños o más específicamente en el de interrupción de actividad de negocio? Lo mismo es parangonable en el marco de personas de cierta edad y que apenas dedican minutos a realizar determinadas actividades que inciden en la salud siempre y cuando tenga propiamente actitud y capacidad de ejercerlas.

El seguro ha analizado como compensar la caída de la actividad física en personas por ejemplo que sufren o padecen trastornos musculares genéticos, distrofia, etc., y en función de cuadros de edad diferentes. Qué decir por ejemplo de lo acaecido con la pandemia y lo que es conocido como la inactividad pandémica.

Distorsiones que, respecto de enfermedades como el VIH han, en los últimos tiempos, cambiado pautas y conductas de aseguración. Así las cosas, la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias, y la Ley de Contrato de Seguro señalan con el fin de: «erradicar del ordenamiento jurídico aquellos aspectos que limiten la igualdad de oportunidades y promuevan la discriminación por cualquier motivo, en este caso, por ser portadoras del VIH/SIDA, u otras condiciones de salud, en lo que respecta al ámbito de contenidos discriminatorios en determinados negocios jurídicos, prestaciones o servicios».

Marcar el límite de qué debe ser conocido y cómo y además el trato a esa información solo puede supeditarse a la buena fe contractual y a la búsqueda de ese equilibrio entre las prestaciones y cargas de las partes. Más allá está la ética, la profesionalidad, el secreto profesional, pero antes, el acceso y el grado de accesibilidad a unos datos y a unos hechos cuando menos sumamente sensibles. Tanto en seguros de vida estrictos como en los seguros de salud, dependencia, deceso, etc.

Enfermedades que han sufrido un fuerte rechazo, una alarma, un miedo a una pandemia de efectos no controlados en un primer momento, o, de otra parte, la ingente evolución que ha habido en el campo de la genética y significativamente la genética humana y el ADN han cambiado y cambiarán la conformación y el riesgo, también su perimetración, en el seguro. Fenómenos que han cuestionado incluso y en otro plano la vulnerabilidad misma del alea en el contrato (O'Neill, 1998).

Hasta dónde llegarán o llegan ya los *test* genéticos y qué incidencia pueden tener en la selección adversa del riesgo la asunción en suma del seguro es el gran interrogante que el mundo del seguro y la ciencia han de resolver, pero ante todo situar en el eje del *alea*. El avance genético y su desarrollo ¿suponen en algún modo algún riesgo para el mercado asegurador?, ¿puede un examen genético diluir completamente el riesgo asegurado?

O en sentido inverso, ¿puede asegurar con certeza absoluta la verificación de un siniestro y por tanto la no inclusión de cobertura del mismo al acercarse la probabilidad al estado de necesidad? ¿Cómo conciliar los *test* genéticos y

su desarrollo predictivo con la aleatoriedad del contrato de seguro? ¿Cómo casamos en definitivo el conocimiento genético con la asimetría informativa que, en definitiva, se produce en el contrato de seguro en su selección de riesgos? ¿puede viciar la asimetría informativa el alea en aquellos supuestos en los que el conocimiento genético solo fuere cognoscible por el asegurado y no por la aseguradora a la hora de valorar y redimensionar el impacto del riesgo?, acaso un mayor conocimiento del potencial asegurado de los riesgos clínicos, médicos, enfermedades que sufre, ¿no harán que sea más propenso a contratar un seguro y trasladar esos riesgos a una entidad aseguradora?, mas, y a la inversa, ¿quién apenas sufre riesgo médico o clínico alguno no preferirá no contratar un seguro?

Sin duda algún ordenamiento sí ha proscrito para evitar el cercenamiento del carácter aleatorio la comunicación de datos genéticos, más el camino sin duda está expedito a la irrupción y acogimiento de esta fuente de información en ámbitos como la vida y la salud²³. ¿Hasta dónde ha de llegar y debe llegar la realización de *test* con su dualidad presintomática y predispositiva? ¿Es viable una certeza rayana a lo absoluto y hay en estos momentos semejante conocimiento y tamaño de desarrollo científico que lo haga posible?

Por otra parte, la necesidad de que la aseguradora acceda a la historia médica o clínica de un potencial asegurado, constituye sin duda una fuente más de tensión entre asegurado y aseguradora. Y este acceso es dual, o bien, desde el propio ámbito de control e influencia de la entidad aseguradora a través de sus médicos o personal clínico o externalizado por él mismo a otros agentes entre los que se incluiría igualmente la realización de pruebas genéticas, o bien a través del acceso consentido de toda la información médica del potencial asegurado y que obra en la esfera jurídica de este y de entidades públicas o privadas sanitarias o clínicas.

Saber si un asegurado eventual o potencial desarrollará o no una determinada enfermedad se convierte en el vértice mismo del análisis genética, no tanto la graduación o probabilidad estadística sobre un cálculo de población de que tanto por ciento de posibilidades existen de sufrir una enfermedad, cuando el conocer si se desarrollará en concreto o no sobre una persona específica e individualizada que quiere asegurarse y frente a esos riesgos u otros en los que la enfermedad puede ser el epicentro del seguro o una contingencia más de las múltiples que pueden desencadenar el siniestro (Poças 2013).

La enfermedad, el historial médico, las dolencias, en suma, la probabilidad de acaecimiento de una muerte, de una invalidez basadas en aquella o

23. Poças (2013: 742) afirma como el estado actual de la ciencia apenas permite efectuar *test* dirigidos a la detección de determinadas patologías aisladas (sea ya en cuanto *test* de diagnóstico presintomático, sea con *test* de diagnóstico de predisposiciones) existiendo, por tanto, kits específicos. Los *test* son, por tanto, direccionados y solo son efectuados si hubiera justificación clínica para el caso (otros indicadores que indiquen ya una probabilidad fuerte de enfermedad). Un examen exhaustivo del ADN de un individuo para inventariar todas las patologías presintomáticas y todas las predisposiciones a la enfermedad, se coloca apenas en el ámbito de la ficción científica.

aquellas, influye extraordinariamente tanto en el deber de información del solicitante, tomador o en su caso asegurado, como admitido el riesgo, en las obligaciones y deberes de las partes, amén del cálculo de la prima.

En suma, ¿qué rol juega la preexistencia y, sobre todo, el traslado del conocimiento y constatación de la misma a la hora de perfeccionar el contrato y el papel capital que debe jugar y cumplir la declaración del riesgo? La preexistencia de una enfermedad, de una patología, sea esta crónica o esporádica, así como sus secuelas, puede de suyo ser excluida por el condicionado, de un modo temporal, de un modo definitivo.

Entelequia en suma entre riesgo presente, riesgo pasado y que se trae o arrastra hasta el presente como es el supuesto de una patología que ya sufre el asegurado, y riesgos futuros permiten radiografiar la exacta cobertura del riesgo que está dispuesto a asumir la aseguradora. No es óbice desdeñar la eficacia que la retroactividad y ciertas cláusulas de cobertura temporal puede suponer ante el daño o la manifestación de enfermedades o nuevas dolencias que, sufriendo con anterioridad una patología, no se desarrolla esta última y sí la nueva que en conjunción con la que ya se sufría puede desencadenar un daño distinto, o incluso más agravado.

No es fácil que una patología se constate de un modo indubitada y claro, y todo dependerá de la actitud y el comportamiento del asegurado siempre y cuando el mismo sea consciente de sufrir la misma, amén de su comportamiento conductual y volitivo de cara a la respuesta del cuestionario o realización de las pruebas clínicas-médicas que el asegurador le exige.

¿Qué valor y qué rol juega una genérica declaración de buen estado de salud por parte del asegurado?, ¿es equiparable *mutatis mutandis* a un cuestionario de salud? En modo alguno. Una mera declaración no recepticia no puede compararse al acto volitivo de responder a unas preguntas, un cuestionario, concreto y específico y donde las respuestas son una concreción más fidedigna que una declaración espontánea y genérica sobre la salud misma. Qué conoce y qué no conoce o ignora el tomador o el asegurado, cómo mide el momento de su estado de salud, la seriedad o gravedad de cualquier dolencia, su estado, su intensidad, en nada es comparable al cuestionario ni a las posibles pruebas clínicas o médicas²⁴.

El cuestionario con preguntas que indagan y contornean el estado de salud, la edad, el historial médico del asegurado y sus antecedentes inmediatos familiares, el sometimiento a ciertas pruebas médicas o clínicas tiene una finalidad inequívoca, la antiselección de la cobertura. Información y declaraciones que permiten a la aseguradora diseccionar el riesgo, analizarlo, enfocar y decidir sobre el mismo, a lo que se añade una posible batería

24. Crítico Poças (2013:738) afirma que estamos ante un mecanismo contractual de salvaguarda del asegurador contra prácticas de selección adversa (o de viciación del alea contractual), obteniendo este compromiso de la persona asegurada, a través de una declaración de ciencia, de que las condiciones de riesgo no se alteraran relativamente a las descritas en fase precontractual.

de pruebas médicas y analíticas (sangre, orina, fluidos, electrocardiograma, etc.), y que son complementarias la una de la otra.

La modalización en definitiva de la misma, ya excluyendo ciertos riesgos, ya cobrando una sobreprima, ya decidiendo la no celebración del contrato de seguro de vida. Piénsese además en la posibilidad de sustitución o falseamiento de la identidad y realización de pruebas clínicas por persona interpuesta y la no verificación diligente de esta identidad para calibrar la verdadera entidad del riesgo.

¿*Quid* con la exclusión *ex ante* de ciertas enfermedades o dolencias que ha sufrido o sufre el asegurado o solicitante del seguro a la hora de perfeccionar el contrato de seguro? Cohonestar dolencias preexistentes y que ya han sido tratadas y la asunción del riesgo a partir de ese momento por una entidad aseguradora no es fácil ni tampoco está exenta de exclusiones o cuando menos de umbrales temporales de carencia o no cobertura salvo cuestiones de urgencia o vitales.

No es menos cierto que algunos ordenamientos sí especifican y tienen en cuenta esta contingencia. Baste una remisión al artículo 216 de la LCS portuguesa que respecto a los seguros de salud sí dispone que las referidas dolencias o enfermedades de la persona asegurada a la fecha de realización del contrato, se consideran cubiertas en la asunción convenida por el asegurador, pudiendo ser excluidas por acuerdo en contrario, de modo genérico o de un modo específico dolencia por dolencia (Poças, 2013).

No cabe duda, además que la edad, es la base imprescindible y esencial en el cálculo de toda prima, pero antes en la selección o no del mismo riesgo y su cobertura, así como causas de exclusión²⁵. Así las cosas, esta misma coordenada, la de la edad del asegurado o persona asegurada, determina en suma no solo el umbral de riesgo aceptado o rechazado, por el contrario, sino también el del cálculo tarifario. La edad es la circunstancia axial y relevante para el análisis del riesgo, más allá de su inserción en una tabla de mortalidad. Pero la edad también juega otro rol, o lo jugó en el pasado.

A saber, la imposibilidad misma de la perfección de un contrato si el mismo recae para caso de muerte, sobre la vida de menores de edad o que no alcancen una determinada edad (Tirado 2010).

Tema éste hoy superado pero que sigue estando restringido sin embargo en cuestiones de máximos de sumas aseguradas a percibir en su caso por el beneficiario en caso de fallecimiento de un menor de edad. Taxativos sin duda, los párrafos 5.º y 6.º del artículo 80 LCS que regulan precisamente esta vicisitud. A saber, si el asegurado es menor de edad, será necesaria, además, la autorización por escrito de sus representantes legales. No se

25. De Gregorio/Fanelli (1987:158) es la edad el elemento verdaderamente fundamental para la apreciación del riesgo y del que no se puede prescindir. Advierten sin embargo como la consideración de la edad del asegurado no es suficiente para la valoración del riesgo; esta debe estar necesariamente integrada con la verificación de su estado de salud.

podrá contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce de años de edad o de incapacitados.

Se exceptúan de esta prohibición, los contratos de seguros en los que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate. Como vemos la norma es dispositiva en la primera parte de su enunciado pues permite la asegurabilidad para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años y de incapacitados, pero a la vez imperativa en cuanto a la *quantum* indemnizatorio. Ahora bien, ¿qué racionalidad tiene tamaña permisividad y qué busca o qué *ratio* persigue, si es que la norma persigue alguna *ratio*, semejante cobertura asegurativa? *A sensu contrario* también hemos de interpellarnos qué protege o qué tutela en verdad la norma del seguro cuando establece tamaña restricción.

Así las cosas, es factible la asegurabilidad de la vida para caso de muerte de un menor de edad, pero exige la norma, la autorización del representante legal, autorización que ha de constar indubitadamente y por escrito. Como lo es para un menor emancipado. Por tanto, el menor mayor a su vez de catorce años puede ser portador y cabeza del riesgo asegurado siempre que lo autorice su representante legal (Tirado 2010). Pero ¿qué sucede con el menor de catorce años, Risikoträger de un seguro para caso de muerte? Tradicionalmente hasta hace pocos años la prohibición era absoluta. La norma de 1908 en su artículo 8 prohibía categóricamente asegurar para caso de muerte a los niños menores de catorce años. Sí admitía, empero, el contraseguro, en el sentido de que lo que se aseguraba en caso de óbito del menor, el reembolso de las primas pagadas por un seguro de supervivencia sobre ese mismo asegurado, el menor.

Pero tratando de deslindar y hacer más nítida la prohibición relativa de este aseguramiento debemos ejemplificar: a) de un lado hemos de interpellarnos si el menor de edad no solo es quien porta el riesgo sino también si es la persona que contrata y que, por tanto, tiene, además, un interés directo sobre su propia vida. En este supuesto, qué riesgo se cubre, solo el de sobrevivencia, o el de muerte y en su caso por tanto un seguro mixto que cubre ambas contingencias.

Las normas pretéritas ponían en duda y por tanto, prohibían el supuesto de muerte, pero no el de sobrevivencia, por lo que el límite de la edad, catorce años, no era un límite absoluto. Pero otra hipótesis b) era qué sucede si es el tomador del seguro, el padre, que sin duda tiene un interés en la vida de su hijo quien directamente contrata el seguro sobre la cabeza de su hijo menor para caso de muerte o caso de supervivencia o mixtos. En este supuesto es claro que el tomador es, además, *a priori*, el representante legal y por tanto el autorizante del contrato de seguro en lo que atañe a suplir y completar la capacidad de obrar de quien no la tiene, mas ¿está actuando en interés propio cuando asegura la vida de su hijo y al mismo

tiempo actúa además de tomador del contrato, como beneficiario de la posible indemnización a futuro?²⁶

Hoy la práctica aseguradora y la bendición legal que supuso la modificación introducida en el redactando del artículo 83 LCS por el artículo 12 de la LMRSF, ha relativizado absolutamente también para el caso de aseguramiento del riesgo de muerte, el seguro que se celebre sobre la cabeza de un menor de catorce años. Una permisividad acotada sin embargo en el *quantum* indemnizatorio. Se limita éste a las primas satisfechas o al valor de rescate como máximo de indemnización.

Su incidencia o no en el cuestionario y el deber de respuesta del cuestionario tiene sus consecuencias, tanto legales, como prácticas. Así, la normativa del contrato de seguro se refiere principalmente a la incidencia de la edad en su artículo 90, no sin antes, en sede de regulación de la retención, art. 89, trasladar las consecuencias de la inexactitud en este punto, el de la edad, al artículo 90 LCS. Dispone el mismo que, en el supuesto de indicación inexacta de la edad del asegurado, el asegurador solo podrá impugnar el contrato si la verdadera edad del asegurado en el momento de la entrada en vigor del contrato excede de los límites de admisión establecidos por aquel.

En otro caso, si como consecuencia de una declaración inexacta de la edad, la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si, por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haberse abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses. Limita, en suma, en primer lugar, el legislador el alcance de la impugnación, habida cuenta que posibilita la misma solo si en el momento de la vigencia obligacional del contrato de seguro la edad real y verdadera del asegurado excediera la admisibilidad marcada en las tablas del asegurador.

Mas no infiere, adviértase bien el redactado del artículo 90 que la misma *per se* signifique la nulidad del contrato. Tampoco causaliza la inexactitud si la misma procede en una causa o hecho volitivo intencional o no por parte del solicitante o asegurado a la hora de la respuesta al cuestionario.

Es evidente que la declaración de edad puede ser por aseverar o hacer creer tanto una edad inferior, lo normal, como una edad superior, tampoco desdeñable por ejemplo en seguros temporales o de sobrevivencia. Nada dice el legislador que el asegurador rechace de plano la asegurabilidad del riesgo si la edad declarada del asegurado fuese tan discordante con la edad real que de suyo supusiese la no celebración del contrato de entrada.

El alcance de la divergencia entre lo declarado y lo real trae o debería traer dos consecuencias, la no celebración del mismo, de haber sabido el asegurador el alcance de esta discordancia, o el hacerlo en otras condiciones

26. Para Tirado (2010: 2195) es válido el contrato de seguro de vida para caso de vida, aunque el asegurado sea menor de catorce años, debiendo cumplir el requisito de la autorización del representante legal, con independencia del consentimiento del propio menor atendiendo a sus condiciones de madurez.

de coste y riesgos radicalmente diferentes a las contratadas. Si hemos de preguntarnos nuevamente el juego que el artículo 89 puede tener en el caso de cláusulas de incontestabilidad en este extremo y el transcurso de ese plazo de viabilidad de un año. Extremo al que nos remitimos a la parte primera de este trabajo y el epígrafe correspondiente.

En cierto sentido no puede negarse que, analizando de modo conjunto los dictados de los artículos 89 y 90 de nuestra normativa del seguro, el legislador apuesta por una solución en buena medida favorable al tomador en caso de disonancia entre las edades declaradas y reales al no preconizar la anulación del contrato como causa directa ante la divergencia. La misma procedería, y solo si el asegurador decide impugnar, ante supuestos de declaración dolosa y que causan un perjuicio evidente y claro a la aseguradora²⁷.

Ahora bien, ¿es fácilmente verificable o constatable por una entidad aseguradora la edad de un asegurado?, ¿hasta dónde llega o debe llegar un deber implícito de comprobación o de control de documentos oficiales, expedidos por autoridad pública, en los que se constate la edad del asegurado?, ¿cómo juega la edad, la tabla de mortalidad y la prima a aplicar?, ¿la posibilidad de muerte se cohonesto con la edad y la función de la edad?, o es que, en cierto modo, la edad ¿no tiene o no desarrolla su comportamiento intrínseco en la funcionalidad de las pólizas niveladas o constantes en las que la prima o las primas están precisamente niveladas?²⁸

En otro caso, el riesgo es la muerte, produciéndose un daño en las personas del círculo familiar o en su caso de afinidad más próximo al asegurado a quien presumiblemente, las más de las veces irá a parar la indemnización en la forma y figura de beneficiario. Máxime teniendo en cuenta aspectos demográficos y de crecimiento vegetativo, en un momento donde se produce un envejecimiento poblacional al que se añade una caída de las tasas de fecundidad, como también los enormes adelantos técnicos y médicos que prolongan la vida y generan una longevidad con un alto riesgo de dependencia de otras personas y cuidados profesionales (Mayaux 1994).

Son los eventos naturales, consustanciales a la propia existencia humana —muerte y sobrevivencia o vida— los que constituyen generalmente el riesgo en los seguros de personas, aunque no siempre, ahí están otros riesgos como la enfermedad, accidentes, dependencia, etc., pero sí significativamente en

27. Señala Gomes (2011: 441), como en la normativa portuguesa se produce una cierta indiferencia del régimen por el grado de culpabilidad del proponente o incluso por la buena fe de este, en la causación del error del asegurador, lo que justifica en cierta medida que el régimen de anulabilidad previsto en el apartado primero del artículo 189 sea el régimen general, cumpliendo el asegurador la devolución de la totalidad de los premios cobrados.

28. Advierte Poças (2013: 730) como en los seguros de largo plazo, el premio se iría tornando gradualmente, «incomportável» precisamente en el momento en que el riesgo fuese, para la persona asegurada, más elevado. De ahí la creación de seguro a prima nivelada o constante, determinada en función de la edad correspondiente en el momento intermedio del período contractual. Lo que significa que, en el período inicial de vigencia del contrato el tomador soporta un premio superior al correspondiente al riesgo.

los seguros de vida, que se caracterizan además por una creciente o decreciente probabilidad según los casos. Como ya hemos visto supra, cobra especial significado en esta tipología de seguros el cuestionario de salud y el deber precontractual de respuesta que el asegurado, *recte*, no el tomador si contrata por cuenta ajena, debe realizar para trazar los perímetros del riesgo cubierto, y, por ende, la antiselección del riesgo mismo²⁹.

¿Acaso es lo mismo un mero error espontáneo y desintencionado que una causal sea este intencionado o doloso o incluso meramente negligente? Nuestra normativa del seguro no prevé en cambio la hipótesis de que el asegurador de haber conocido *ab initio* la verdadera edad del asegurado o persona sobre cuya cabeza pende el riesgo no aceptase de un modo automático el seguro.

Sin duda en la valoración del riesgo y los parámetros de identificación y ponderación de los mismos, más allá de las técnicas de biometría y otros parámetros de selección del riesgo, siempre cabe el derecho de abandono del contrato toda vez que en los exiguos plazos del mismo sea tamaño contingencia conocida por el asegurador. Así las cosas, el artículo 83 a señala como el tomador del seguro en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional.

El propio dictado de la LCS contempla expresamente la posibilidad de que el hecho atinente a la vida humana pueda corresponder tanto a la vida propia del tomador/asegurado como a la de un tercero, incluso cabría, aunque la norma no lo señala, también la de una pluralidad de terceros. Nada dice empero la norma legal sobre si este tercero ha de prestar o no su consentimiento si sobre su cabeza pende o soporta el riesgo de muerte. ¿Cabe un seguro de supervivencia sobre la vida de un tercero sin el consentimiento de este? (Schneider, 880).

Adviértase que, en este supuesto, y a diferencia del aseguramiento de muerte, no existe el riesgo o peligro de un *votum mortis*. ¿Y si estamos ante un seguro mixto? Necesario el consentimiento para el caso de muerte, pero no así para el caso de supervivencia, ¿estamos acaso ante un seguro nulo parcialmente o en su totalidad?³⁰ Aseguramiento sobre la vida de un tercero que nada tiene que ver con los seguros de vida a favor de tercero.

29. Sumien (1957: 132), señala que el asegurado debe someterse a una visita médica hecha ante el médico de la compañía de cara a realizar un examen personal del asegurado, sus antecedentes familiares, su edad, salud anterior, hábitos y su profesión. Cuestionario y exactamente que no tiene lugar en los pequeños seguros llamados populares.

30. De Gregorio/Fanelli (1969: 157) afirma que la falta o la invalidez del consentimiento del tercero es, en esta forma de aseguración, sobre la vida de un tercero, causa de nulidad absoluta del contrato. Tratándose, sin embargo, de un elemento extrínseco al contrato mismo, se puede admitir que un consentimiento otorgado sucesivamente

Categoricamente podemos afirmar que cualquier tomador es libre de perfeccionar un contrato de seguro de vida para el caso de supervivencia en cabeza de otra persona, un tercero, sin que este no solo tenga que prestar consentimientos, sino conocimiento, cuestión distinta es cómo valora en estos casos el riesgo la propia aseguradora si el asegurado no conoce el seguro, no contesta el cuestionario o no se somete a revisión o chequeo médico. En cambio, asegurar vida para caso de muerte en cabeza de un tercero es y tiene que ser radicalmente distinta la respuesta. Es *condicio* de validez ese consentimiento para perfeccionar el contrato de seguro. ¿*Quid iuris* si ese tercero es además una persona incapaz?

Es la duración de la vida humana, en su incertidumbre, el riesgo que asume la entidad aseguradora, riesgo que hay que entender tanto en un sentido positivo, longevidad y supervivencia a una determinada edad, como en un sentido negativo, que es el óbito o fallecimiento de una determinada persona, lo cual demanda la existencia o presencia determinada o determinable de una persona o titular que se haga cargo de la indemnización y que es el beneficiario del contrato de seguro, figura esta de especial y significativo relieve en los seguros de vida.

No es menos cierto que bajo el paraguas de este concepto deliberadamente amplio, que no ambiguo, se cobijan diversas y múltiples posibilidades aseguraticias, modalidades que la *praxis* y la ingeniería financiera no se cansan de idear. Algunas con notable éxito, otras se han saldado en sonoros fracasos como era el caso de las pólizas *unit link*; ofertando en épocas inflacionarias, productos asegurativos donde la fluctuación y la pérdida de la inversión pueden acabar distorsionando el seguro³¹.

Derivaciones de estos productos financieros con tintes y cierta fisonomía, pero distintos son aquellos seguros conocidos como «pólizas indicadas» en las que la prima y la suma asegurada, están sujetas a revalorización anual en base a parámetros conocidos y recogidos en el contrato o en el clausulado (Lima, 2018). Por «pólizas revaluables» se entiende aquellas en las que el capital asegurado está sujeta a una revalorización anual en base al rendimiento de una gestión de valores mobiliarios que tienen o están en cartera del asegurador. No cabe duda de que los seguros de vida dentro de la categoría más amplia de seguros de personas constituyen el ramo más importante.

pueda convalidar un contrato concluido sin él. Mas se preguntan: ¿*Quid iuris* si el tercero revoca su consentimiento en el curso del contrato?

31. Albanese (2016: 1443) distingue entre póliza vida «pura» e instrumento financiero, si bien denominado «Pólizas vida». La diferencia es menos nítida. En período caracterizados por un fuerte fenómeno inflacionario, el seguro sobre la vida ha sido puesto en crisis, con una desafección de los ahorradores, a causa de la pérdida progresiva del originario poder de adquisición de las primas pagadas. Las formas tradicionales de seguro sobre la vida tienen una duración más larga o por toda la vida, con una prolongada exposición a la inflación de las sumas pagadas por los contratantes; a menos que no se procede a un «redditizio» inversor.

Característico igualmente de los seguros de vida, y antes de proceder a establecer o trazar una clasificación tipológica de los mismos, es la mutación o modificabilidad del riesgo a lo largo del devenir del propio contrato. En efecto, trazado el riesgo real a partir del momento de la declaración precontractual del riesgo, cuestionario, chequeo o pruebas médicas, lo que no quiere decir, que el riesgo real sea verdaderamente el objetivo y cierto en toda su magnitud, dejando al margen, reservas, inexactitudes, omisiones, declaraciones falsas o falseadas del mismo por el tomador o asegurado, el riesgo en la vida humana cambia, se intensifica, se escala entre sí. Tanto por la acción directa del propio asegurado, como indirecta, el mero transcurrir de los años y el envejecimiento. Algo que la aseguradora ya conoce, ya anticipó y previó, ya tarificó proporcionalmente.

Es obvio que los cambios que puede sufrir la vida humana del asegurado no son los relativos a enfermedad, edad o envejecimiento, sino los de su propia actividad, sus acciones, sus exposiciones a mayores o menores riesgos o aquellos que no fueron tenidos en cuenta en el momento precontractual y perfectivo³². No son eventos capaces de alterar o modificar el riesgo y por tanto el sinalagma y equilibrio del contrato hechos atinentes a la salud y a la edad, ellos son connaturales a la asegurabilidad misma de la vida. Su influencia y su incidencia en el seguro ya ha sido tenida cuenta en el momento perfectivo.

Ahora bien, todo cambio de actividad, de profesión que nada tenga que ver con la tenida en cuenta como riesgo inicial y que *per se* signifique una agravación del riesgo sí tendrá incidencia en el contrato y en la probabilidad siniestral. Como ya vimos supra en el capítulo de obligaciones y deberes de las partes del seguro, la agravación modulada por el artículo 11 y 12 puede tener como efecto la resolución unilateral del contrato, pero también una reformulación del riesgo, así como del coste del seguro.

Así, si las causas incrementan y hacen tan oneroso el riesgo para la aseguradora esta procederá a resolver el contrato y por lo mismo si las mismas hubieran hecho que este hubiese valorado y calculado una prima más alta propondrá el reequilibrio económico prestacional o extinguirá el contrato o excluirá ciertos riesgos (De Gregorio/Fanelli, 164). Como también el factor países y puede ser sumamente determinante a la hora de parametrar las tablas de mortalidad y por ende calibrar el alcance del riesgo. En efecto, la mortalidad no es idéntica en todos los países, ni siquiera entre las distintas regiones de un mismo país.

Finalmente, y dentro de la conceptualización del seguro de vida, de modo genérico cabe aludir al contraseguro. Una noción sin duda, tan amplia como discutible (Bigot, 78). Por el contraseguro, sea cláusula, sea en algunos ordenamientos su encuadramiento dentro de una tipología más de contrato de

32. Corñas (2008: 629) se refiere a cómo configurar una tarifa equitativa, el asegurador debe identificar y cuantificar los diferentes factores de riesgos que tienen su influencia en la mortalidad. Y entre ellos está, la edad, el sexo, la categoría socio profesional, el país, el tabaco, amén de un cajón de sastre de otros factores.

seguro, si el asegurado, o contratante fallece antes del término pactado en el contrato, se perdería el beneficio del ahorro adquirido *a priori* a lo largo del tiempo de vigencia de la póliza. O *a sensu contrario*, sin cláusula o pacto de contraseguro, el fallecimiento, acacimiento del siniestro, del asegurado se produce antes del vencimiento del término pactado, el asegurador hace suyas, recte, no indemniza, la suma asegurada y con ella las reservas o provisiones. El contraseguro es una garantía temporal de deceso o de óbito, cuestión distinta es si la misma cuantifica o particulariza una parte específica de la prima integrada en la prima global. Implícitamente el pacto o cláusula de contraseguro lleva y significa un reembolso del ahorro acumulado durante la duración del contrato de seguro antes de producirse la *condictio* que activa el mismo. Contraseguro que puede pactarse incluso en seguros de vida para caso de muerte sobre cabeza de tercero.

III. LA DISCRIMINACIÓN EN LOS SEGUROS DE PERSONAS. EL RECHAZO DEL RIESGO POR EDAD, POR ENFERMEDAD, POR DISCAPACIDAD, ETC.

Como es sabido son múltiples y numerosos los factores y condicionantes circunstanciales que influyen sobre la propia vida y salud del asegurado, así como, en definitiva, sobre la morbilidad del mismo. Desde su edad, salud, sexo, profesión, hábitos, actividades, etc., hasta los antecedentes más inmediatos y genéticos del mismo. Antecedentes que pueden condicionar e incluso agravar el riesgo, tanto desde un punto de vista de patologías y enfermedades hasta algo no tan dañino *a priori* como es la longevidad que en no pocos casos es o se convierte en algo hereditario.

Será el asegurador quien decida y opte por seleccionar sus métodos de valoración del riesgo real, bien a través de cuestionarios, bien a través de estos más exámenes médicos³³.

Pero esto no puede invocar ni suponer una libertad absoluta a la hora de antiseleccionar y, por tanto, discriminar en el seguro a quiénes por edad, por raza, por sexo, por enfermedad, por discapacidad, etc., o bien rompen las tradicionales y aceptadas tablas de riesgo y siniestralidad o no son simplemente, aceptados o a un precio excesivamente oneroso por las aseguradoras. Ello, sin contar, además, con prácticas de optimización de precios que acaban por seleccionar y excluir o sobreprimir a determinados colectivos en función de su capacidad crediticia, laboral, económica o incluso por el mero hecho de vivir en unos u otros territorios, barrios, etc³⁴.

A bote pronto, edad, enfermedades, discapacidades, virus, sexo, etc., han suscitado el recelo ante el riesgo por parte de las aseguradoras. Recelos en parte derivados de la falta de suficiente conocimiento o pericia, o de adecuar exactamente el impacto, frecuencia e intensidad del riesgo verdadero ante

33. Sobre el secreto médico y el seguro de vida véase Abravanel-Jolly 2005.

34. Un buen ejemplo de esta optimización, empleando además el análisis que el big data depara, nos lo ofrece Muñoz Paredes (2021).

el que el avance de la tecnología, el big data, los *test* genéticos, etc., provean un cambio absoluto en la medición del riesgo auténtico. Una medición del riesgo, de la enfermedad, de los colectivos más o menos propensos que también se puede evacuar desde lo público y por salud pública, no solo exclusivamente desde los intereses privados y que lleva o ha llevado en algunos países a hablar de una «vigilancia centinela» respecto a algunas enfermedades, pero también colectivos o grupos sociales (Beletsky, 2018).

Enfermedades que han sufrido un fuerte rechazo, una alarma, un miedo a una pandemia de efectos no controlados en un primer momento, o, de otra parte, la ingente evolución que ha habido en el campo de la genética y significativamente la genética humana y el ADN han cambiado y cambiarán la conformación y el riesgo, también su perimetración, en el seguro. Fenómenos que han cuestionado incluso y en otro plano la vulnerabilidad misma del alea en el contrato³⁵.

Hasta dónde llegarán o llegan ya los *test* genéticos y qué incidencia pueden tener en la selección adversa del riesgo la asunción en suma del seguro es el gran interrogante que el mundo del seguro y la ciencia han de resolver, pero ante todo situar en el eje del *alea*. El avance genético y su desarrollo ¿suponen en algún modo un riesgo para el mercado asegurador? (Poças, 2013), ¿puede un examen genético difuirl completamente el riesgo asegurado? Y a renglón seguido y metidos de lleno en el bucle de la inteligencia artificial, ¿puede el uso de algoritmos sin más, calibrar ese riesgo tarifándolo sin sesgos y sin optimizar o discriminar a través del precio?³⁶ La inteligencia artificial no ha de contemplarse desde el prejuicio, sino que, neutramente empleada, su potencialidad en diagnósticos, prognosis, tratamientos, cirugía, etc., abre un campo extraordinario para la prevención, el tratamiento, la agilidad y las posibilidades de curación terapéuticas.

O en sentido inverso, ¿puede asegurar con certeza absoluta la verificación de un siniestro y por tanto la no inclusión de cobertura del mismo al acercarse la probabilidad al estado de necesidad? ¿Cómo conciliar los *test* genéticos y su desarrollo predictivo con la aleatoriedad del contrato de seguro? ¿Cómo casamos en definitivo el conocimiento genético con la asimetría informativa que, en definitiva, se produce en el contrato de seguro en su selección de riesgos?

¿Puede viciar la asimetría informativa el alea en aquellos supuestos en los que el conocimiento genético solo fuere cognoscible por el asegurado y no por la aseguradora a la hora de valorar y redimensionar el impacto del riesgo?, acaso un mayor conocimiento del potencial asegurado de los riesgos clínicos, médicos, enfermedades que sufre, ¿no harán que sea más propenso

35. No cabe duda de que si el ser humano supiese o algún día sepa con certeza de que no sufrirá una determinada dolencia, es obvio que difícilmente, ante la imposibilidad de un hecho adverso o negativo, no se aseguraría, (O'Neill, 1998: 124).

36. Afirma Muñoz Paredes (2021, 277) el uso de algoritmos para la fijación de precios permite a los empresarios adaptar automáticamente los precios para obtener el máximo beneficio, algo que además trasciende al campo del seguro y se da también en otros.

a contratar un seguro y trasladar esos riesgos a una entidad aseguradora?, mas, y a la inversa, ¿quién apenas sufre riesgo médico o clínico alguno no preferirá no contratar un seguro?

Sin duda algún ordenamiento sí ha proscrito para evitar el cercenamiento del carácter aleatorio la comunicación de datos genéticos, más el camino ineludiblemente está expedito a la irrupción y acogimiento de esta fuente de información en ámbitos como la vida y la salud. ¿Hasta dónde ha de llegar y debe llegar la realización de *test* con su dualidad presintomática y predispositiva? ¿Es viable una certeza rayana a lo absoluto y hay en estos momentos semejante conocimiento y tamaño de desarrollo científico que lo haga posible?

¿Pende sobre un menor la misma intensidad y frecuencia de riesgo que sobre una persona adulta de edad media? ¿Y en caso de un mayor, o qué ocurre ante determinadas enfermedades, sobre todo, neurodegenerativas, o que estadísticamente muestran una reducción drástica de la esperanza de vida? ¿Es o no discriminatorio fijar la edad máxima de admisión como asegurado o portador de riesgo en un seguro de vida para caso de muerte en 60 o en 65 años, o en 50 para uno de dependencia? Excluir por edad o por enfermedad ciertos riesgos, coberturas o incluso el seguro mismo, ¿es lícito? ¿hasta dónde llega la libertad de selección y hasta dónde la necesidad de coberturas de un asegurado o de un consumidor?³⁷.

No cabe duda que, una aseguradora es libre en la selección, pero sobre todo y ante todo en el diseño del producto de seguro que quiere comercializar, así como en la composición último del contenido contractual de la póliza y el condicionado. Libertad incluso que trasciende al propio producto y abarca la onerosidad del mismo, el precio, si bien con algún límite *ad hoc* como el que marca el artículo 94 LOSSEAR al exigir la suficiencia de la prima, pero más allá de este ámbito, la libertad es amplia, generosa por mucho que, *a posteriori*, siempre *a posteriori*, ciertos controles eviten el abuso, la oscuridad, la comprensibilidad del alcance y el equilibrio del contrato mismo. Mas ¿hasta dónde es tolerable una hipotética discriminación por precios en el seguro, y máxime en los seguros de personas donde el riesgo humano, vital, enfermedad, etc., pende sobre un valor no indemnizatoria como etiológicamente puede predicarse de los seguros contra daños? Acaso, el artículo 94 LOSSEAR ¿condiciona equitativamente la tarifa del seguro?

No olvidemos que el mismo reza: «Las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística elaborada de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en sus normas de desarrollo. Deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. En el cálculo de las tarifas, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a

37. Sobre el principio de selección de asegurados vid, Tirado 2020.

bienes y servicios y su suministro, no podrán establecerse diferencias de trato entre mujeres y hombres en las primas y prestaciones de las personas aseguradas, cuando las mismas consideren el sexo como factor de cálculo. En ningún caso, los costes relacionados con el embarazo y el parto justificarán diferencias en las primas y en las prestaciones de las personas consideradas individualmente. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior 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. Asimismo, deberán respetar los principios de equidad, indivisibilidad e invariabilidad».

Ciertamente más allá de la suficiencia, concepto medible y mensurable *ad hoc* para el coste del seguro y, por tanto, para la lógica económica de una aseguradora, ¿inflige *per se* una decisión o imposición en todo caso nunca desleal o abusiva? O planteado de otra manera, ¿debe ser aceptada incondicionalmente por el asegurado o el tomador del seguro? ¿acaso el conoce esas estadísticas de las que habla o blasona el artículo 94? Todo ello no debe llevarnos a ignorar, de otra parte, la concomitancia con las normas de competencia y su eficacia (Peña, 2020).

Desde la libre competencia hasta conductas desleales e imposiciones abusivas que tienen como «rehén» al consumidor de seguros, ya sea pactando precios de seguros o coberturas de riesgos y, por tanto, excluyendo de riesgos determinados los derechos de los asegurados o suministrándolos a un coste desproporcionado. Recuérdese la contundente sentencia del Supremo de 1 de julio de 2010 en la que declaró nulas diversas cláusulas contractuales en materia de seguros y pactadas entre aseguradoras. Por lo que atañe ahora y aquí, a los seguros de vida, la sentencia era contundente a la hora de declarar nulas, todas aquellas que incurren en falta de información sobre aspectos esenciales del contrato de seguro —delimitación del riesgo y prestaciones—, tanto en los de vida (omisión del método del cálculo del valor del rescate y de la revalorización del capital, falta de definición del llamado «interés técnico asegurado») como de vehículos (criterios de la aseguradora para modificar la tarifa de siniestralidad —sistema bonus-malus—). Como también la que impone un sistema de penalización por rescate del seguro de vida en los primeros años tan desproporcionado que niegue al asegurado toda renta e incluso pérdida en parte del capital inicial. No olvidemos el dictado claro y contundente del artículo 16 LCD cuando afirma y señala «el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada».

Esto nos lleva directamente al cuestionamiento mismo del grado de libertad contractual que tienen las partes y, particularmente, una de ellas: el tomador/asegurado. Pero también el asegurador dado que no todo riesgo tiene porque ser asegurado o asumido por el mismo. La asegurabilidad también se condiciona o puede condicionarse (De Graëwe 2017). Del mismo modo que esa misma asegurabilidad no es igualitaria ni siquiera proporcional para unos y otros asegurados que pueden sufrir intensidades de riesgos

disímiles tanto en el momento precontractual como en el propiamente de ejecución de contrato.

No todo potencial asegurado tiene un mismo acceso o capacidad de pago y crédito para hacer frente a una prima ni todo asegurado eventual tiene y presenta ni una misma frecuencia, esencia e intensidad de riesgo, como tampoco toda esa frecuencia se agrava simultáneamente con más o menos vigor. Y es que el riesgo puede ser asegurable, o no serlo por voluntad del asegurador que convencionalmente rehúsa el mismo (Veiga, 2015). Aunque también ser inasegurable legalmente.

Pero también ese riesgo muta, cambia, se agrava, se diluye o desaparece totalmente modificando la intensidad causal del contrato, pero también actuando deberes diligentes de declararlo.

Como es sabido y, especialmente ha sido estudiado por la dogmática alemana, la libertad contractual se erige sobre dos claras vertientes, de un lado, la libertad misma de decidir contratar o no hacerlo, la *Abschlussfreiheit*, y de otro lado, la libertad de pactar o acordar el contenido de ese contrato, la *Gestaltungsfreiheit*. Así las cosas, las partes son libres de contratar o no, pero una de ellas, tiene esa necesidad de transferir el riesgo, un riesgo que no quiere ni puede afrontar contra su patrimonio³⁸.

Una libertad, la de decidir contratar o no y con quién, que no siempre es absoluta a la hora de configurar la base y contenido real y obligacional del contrato de seguro y donde la transparencia, la asimetría de información condiciona inequívocamente el propio contrato, amén de su fase perfecta.

Pero al mismo tiempo es prevención, el seguro previene, anticipa, contornea ese riesgo tratando de disminuir su frecuencia o su intensidad, pero también es preservación, minimizar las consecuencias del siniestro, el salvamento. Mas riesgo invoca a ignorancia, a desconocido, a incertidumbre, solo así se entiende el seguro pese al cálculo y frecuencia estadística. Un cálculo y una técnica asegurativa que no estará exenta de bases actuariales, de variaciones y cálculos puros de probabilidades³⁹.

Probabilidades que, en algunos supuestos pueden alcanzar un rasgo de objetividad, de certeza, al presentar un cierto grado de estabilidad desde un punto de vista estadístico. El contrato de seguro gira y bascula en torno al riesgo. Y este envuelve una percepción de anticipación, de previsión, pero también de prevención ante un posible daño, un peligro, una contingencia. Contingencias no pocas veces tan imperceptibles como previsibles, incluso

38. Apunta a una vertiente más, la de la libertad de escoger a otro contratante, Galvão Telles, (2016: 105) como los aseguradores y tomadores de seguro son libres, tanto en su decisión de celebrar o no el contrato de seguro, incluso al escoger a sus contrapartes, como al escoger las cláusulas que pretenden insertar en los contratos que celebren, sin embargo, con respecto a los límites específicos «decorrentes» de exigencias particulares y características del derecho de seguro, y en concreto, del tipo de contratos en cuestión.

39. Jerry/Richmond (2012, 9) resaltan como la actitud individual hacia el riesgo está influida por varios factores, incluyendo la probabilidad de pérdida, la magnitud potencial de la pérdida y la capacidad de la persona para absorber esa pérdida.

perceptibles y conocidas. Conocer, ponderar la frontera de asegurabilidad tanto en su dimensión jurídica y técnica como, sobre todo, económica, en ese binomio riesgo probabilidad, se erige en la antesala basilar de todo el edificio del derecho de seguros. En su fase precontractual, en su estadio contractual, en su cobertura, sea ésta inclusiva o elusiva, en el momento siniestral.

Toda contratación requiere que las partes en la negociación resuelvan el problema de la distribución, fuere acordando directamente beneficios y costes, sea de modo indirecto a través de una serie de procedimientos para determinar estas asignaciones. En el seguro, esa asignación se frustra si la información objetiva y real no llega a conocimiento de quién valora y asume los riesgos. Pero para ello la libre selección de asegurados debe tener además un límite claro, mitigar la discriminación que nada tiene ni debe tener que ver con la antiselección de riesgos.

Una y otra son cuestiones y pertenecen a ámbitos radicalmente distintos. El de la intencionalidad oclusiva del asegurador que discrimina y la de la necesaria y justa dentro de sus ámbitos y marcos, selección de riesgos, con un claro límite que tantas y tantas veces hemos repetido, el de no desnaturalizar el continente y el contenido del seguro mismo y el contrato entre las partes vaciando de contenido las coberturas necesarias y cuando menos, suficientes que ese producto debe abrigar o cobijar. Y esa coordinada diametralmente opuesta entre antiselección y discriminación arranca sin duda en la fase precontractual, en y con el cuestionario.

Así, no puede negarse que hay modalidades o ramos de seguros más propensos y proclives a esta sensibilidad que otros. Ramos además en los que las informaciones de naturaleza médica son esenciales de cara a poder valorar y apreciar el riesgo del contrato de seguro. Pero ello no puede ser un acceso abierto e indiscriminado precisamente a la discriminación en pro de factores tales como la salud, la edad, el género, la raza, la enfermedad, la ideología, etc. Piénsese en un seguro de vida, en un seguro de enfermedad o asistencia sanitaria, dependencia, etc. No es lo mismo o no lo será un cuestionario sobre cómo está edificado el edificio que aquel que pregunta por cuestiones claves de nuestra vida, nuestra salud, nuestros hábitos, etc.

Salud y edad se convierten en coordenadas esenciales a la hora de valorar y, por tanto, seleccionar los riesgos que pueden ser asumidos en el seguro de personas, vida, enfermedad, asistencia sanitaria, dependencia, etc. Saber qué dolencias, qué enfermedades, qué antecedentes hereditarios o genéticos, incide, indudablemente en el riesgo a asegurar. Pero no debe suponer de suyo y automáticamente una causa de discriminación por su mayor probabilidad de siniestro.

Su relevancia, su esencia no impide ver con anteojeras y ser conscientes sin embargo de una potencial, al menos, situación de cierto conflicto con derechos de la personalidad del propio asegurado y medir el grado de acceso a una información específica, particular y personal del asegurado. El sufrir o no ciertas enfermedades, su desencadenante y causa, la valoración social

que algunas dolencias tienen, etc., genera sin embargo una tensión entre la necesaria tutela del asegurado y su derecho a intimidad y al honor y de otra, el equilibrio justo prestacional entre las partes.

Cuando el tomador aceptó un determinado clausulado sobre la base de sus propias declaraciones ciertas contingencias, hechos o circunstancias podían no haber surgido, ni siquiera ser previsibles, pero posteriormente sí cobrar carta de naturaleza. Ello influye en el beneficio/coste.

No cabe duda de la importancia que tiene el cuestionario de salud, de vida, que la entidad aseguradora presenta e instrumenta. Una importancia que beneficia a ambas partes. Sienta el perímetro del riesgo, mide la buena fe y marca los límites que pueden suponer la agravación y disminución del riesgo conforme al declarado y perfeccionado a lo largo de la vida del contrato de seguro (Roy, 2014).

Pero también lo tendrá, y de qué manera toda la información que, a través de sensores, biomarcadores, etc., pueden llegar a tiempo real una vez perfeccionado y constante el contrato de seguro que evidenciarán la distorsión entre lo previamente declarado al contrato y la realidad del día a día en hábitos, actividades, hechos, costumbres, prácticas que el asegurado puede realizar o llevar a cabo.

Otra cuestión bien diferente es indagar sobre la eficiencia y eficacia real de la existencia del cuestionario como mecanismo selectivo, antiselectivo del riesgo, y si el mismo debe ser o no un cuestionario cerrado. Qué cabida tiene la espontaneidad y cuáles son los límites que debe tener un cuestionario. ¿Acaso el secreto médico no es un límite al deber de contestación? O qué ocurre con los datos genéticos, ¿se pueden ceder o comunicar a la entidad aseguradora de modo que calibre por esta vía la antiselección del riesgo? (Beignier y Ben Hadj Yahia, 2021).

Ahora bien, ¿existe un correlativo deber de la entidad aseguradora de someter al tomador del seguro a un cuestionario previo? O, por el contrario, ¿estamos ante un simple deber de diligencia de aquella y que se concreta o bien en un reconocimiento médico, sin duda más exhaustivo, veraz y objetivo que un cuestionario aséptico, bien con la entrega de éste y la batería de antecedentes sanitarios que el solicitante del seguro ha de completar?⁴⁰

Una cuestión central y a la vez reiterada una y otra vez es la planteamos si el ya asegurado o tomador de seguro en su caso, o incluso, si es que de tal

40. (Schwebel, 2010) en principio, el asegurador «n'est pas tenu» de verificar la exactitud de las declaraciones del proponente. Se juzga en particular, que el asegurador no tiene la obligación de hacer comprobaciones entre las diferentes declaraciones de los proponentes de seguro. Así las cosas, la sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 20 de mayo de 2002 parte de un apriorismo evidente, a saber, «cada contrato forma un todo; los diferentes contratos son independientes los unos de los otros y ni los organismos financieros ni las compañías de seguros no están obligados a comprobar la conformidad de asesoramiento y de información en el caso totalmente quimérico; corresponde al asegurado dar espontáneamente todos los elementos útiles que permitan al asegurador hacerse una opinión exacta del riesgo que se suscribirá».

se puede hablar, el tercero portador del riesgo —*Risikoträger*— sobre cuya cabeza pende el riesgo asegurado, tienen un deber continuado y reiterado durante la vigencia del contrato de declarar espontáneamente todo cuanto crean que afectando al riesgo, puede incidir en su valoración, en su esencia, en su frecuencia e incluso, en su intensidad, de tal manera que difiere con el riesgo inicialmente tenido en cuenta de cara a parametrizar el coste del riesgo garantizado.

Pero sobre qué ámbitos en definitiva se proyecta o puede proyectar la discriminación es el interrogante que hay que aclarar. Estos no son otros que la edad, el género, la raza, la enfermedad, la dependencia, la discapacidad, sin desdeñar, acaso, otros tales como la nacionalidad, la religión, el nivel cultural, profesional, etc. (Veiga/Sánchez, 2011) Hemos de tener presente, además, el cambio de paradigma hasta cierto punto que se blasona con la ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y que ha modificado numerosas normas. La esencia de la reforma pivota en que la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.—.

No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales,

cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho —jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores— que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

Así las cosas, esta misma coordinada, la de la edad del asegurado o persona asegurada, determina en suma no solo el umbral de riesgo aceptado o rechazado, por el contrario, sino también el del cálculo tarifario. La edad es la circunstancia axial y relevante para el análisis del riesgo, más allá de su inserción en una tabla de mortalidad (Corfias, 2008). Pero la edad también juega otro rol, o lo jugó en el pasado.

Por qué, por ejemplo, todavía en nuestro país se discrimina o se limita la asegurabilidad de la vida de un menor de catorce años, acotada la limitación a la suma asegurada limitada los gastos funerarios o de reembolso de la prima, cuando en otros países no existe tal limitación o se cercena con algunas restricciones a menores de cinco años. Célebre fue la sentencia del Constitucional de 24 de febrero de 1994 donde se abordó directamente la constitucionalidad del artículo 84.3 LCS (Tirado, 2010). El supuesto era el fallecimiento en un incendio de la vivienda asegurada de la hija menor, diez años, de la asegurada.

Ciertamente se modificó en este punto la cuestión al hilo de la ley de 22 de noviembre de 2002 sobre medidas de reforma del sistema financiero permitiéndose ciertas asegurabilidades. Si bien se seguía manteniendo la prohibición de contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados sí se ha permitido la cobertura en aquellos casos en los que la suma asegurada resulte igual o inferior a la prima satisfecha o al valor de rescate. No se prohíbe, pero tampoco se incentiva su contratación, al limitar al valor de lo pagado en todo caso, la percepción de lo que ocurrido el siniestro un beneficiario cobraría en caso de muerte de la cabeza asegurada.

Así las cosas, en nuestra práctica aseguradora, la prohibición —hoy carente de todo fundamento habida cuenta de la suficiencia de mecanismos tuteladores de los intereses de un menor— si bien no absoluta, dado que la excepción es la anterior, nada impide que alguien contrate, padre o tutor, representante, en suma, un seguro de vida por supuesto para caso de supervivencia, pero también para caso de muerte para el mayor de catorce años. Otro interrogante es el alcance real y objetivo de esta interdicción de contratar un seguro de vida para el menor de catorce años; algo que, a nuestro juicio no puede operar en otros seguros de personas, ni siquiera en el de accidentes, habida cuenta de deportes federativos donde menores de esa edad ya practican deportes y puede acaecer un siniestro; como tampoco en seguros de personas tales como asistencia sanitaria, enfermedad,

dependencia, o el propio seguro funerario o de decesos cuyas lógicas no son las de los seguros de vida con cobertura de fallecimiento. Un elemento es la muerte, causa de activación del seguro y otro, bien distinto, consecuencia, el enterramiento o cremación.

Como tampoco otro tipo de seguros, tales como el seguro obligatorio de viajeros que, tal y como se regula en su reglamento de 1989, artículo 6.2 los usuarios menores de edad también están protegidos. Así el artículo 16 de esta norma establece que «la indemnización, en caso de muerte, será única. Procederá la indemnización por muerte si ésta ocurre durante el transcurso de dieciocho meses, contados desde la fecha del accidente y es consecuencia directa del mismo. Se considerará que concurre esta última circunstancia en el accidente que origine el fallecimiento por agravación de enfermedad o lesión padecida por el asegurado con anterioridad».

No se olvide por tanto como el reciente RD de 19 de enero de 2021 ha puesto su énfasis en la tutela del consumidor vulnerable. No cabe duda que, el presente Real Decreto incluye medidas, incluso conceptos, de profundo calado social y no menor impacto. No hace falta para ello, ni siquiera como justificación como hace el considerando IV de la Exposición de Motivos, —una buena exposición desde el punto de vista social y humano, aunque excesivamente largo—, justificar tal hecho en que el Tribunal Constitucional ha avalado de manera reiterada la adopción de medidas con impacto social en situaciones excepcionales y de urgente necesidad. Vivimos el momento más excepcional y complejo en la reciente historia de nuestro país.

Es la realidad socio económico presente, la devastación económica y social que la pandemia está arrojando la que ha, sin duda, acelerado la adopción de una especial protección para ciertos colectivos sociales más expuestos a sufrir discriminación, engaño, erosión de la cognoscibilidad real de lo que están contratando, dificultades asimétricas de información e incluso de la propia posibilidad de contratación electrónica con lo que es palmaria la enorme brecha digital que todavía existe para grupos sociales como mayores, dependientes, inmigrantes, niveles culturales, edad, raza, sexo. Así las cosas, y en aras de determinar un mínimo común de protección en todo el territorio de Estado de estas personas que precisan de una especial protección, se busca, junto con la normativa propia de las CCAA, regulaciones que resulten más favorables para las personas consumidoras y usuarias en situación de vulnerabilidad. Y es que en esa sensibilidad legal y social hacia la vulnerabilidad de la persona y en este caso, del consumidor, se había avanzado a mayor ritmo tanto a nivel comunitario como a nivel autonómico. Es éste el término o vocablo nuclear de este Real decreto-ley de 19 de enero de 2021 y donde se busca precisamente esa tutela del consumidor en los diversos ámbitos de contratación y con los distintos medios y plataformas existentes ahora mismo para contratar. Una vulnerabilidad que se hace patente y manifiesta en la erosión de la posible bilateralidad negocial contraprestacional. Una erosión que torpedea, a la postre, un *mínimum* de cognoscibilidad objetiva, accesible, cierta, clara, concreta, sencilla y, sobre

todo, transparente para comprender el alcance real del contenido de las obligaciones que asume el consumidor. Un consumidor que rompe y queda relegado al consumidor medio que siempre ha tutelado el Texto Refundido de 2007 y anteriormente la vieja norma de consumidores del 84 en la senda trazada por el texto constitucional en el artículo 51 y de la que sería pionera la ley del seguro en su tutela ex artículo 3.

Una vulnerabilidad que excede el marco de una genuina relación de consumo, para proyectarse en una horizontabilidad tuitiva y extendible a otros ámbitos que rozan con los derechos más personales del ser humano. Así, la norma, es consciente de la grave situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, tanto en su acceso como permanencia, y propende a dar una solución ante la necesidad de dar cobertura inmediata a las situaciones en las que los procedimientos de desahucio y lanzamiento afecten a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, incluso en las causas penales en las que el lanzamiento afecte a personas que carezcan de título para habitar una vivienda. Desahucios, lanzamientos, vulnerabilidad, sin alternativa habitacional reflejan el drama de una situación hoy en día, frecuente. Pero lo hará también en ámbitos como el transporte, lo portuario, lo hidráulico, lo digital, etc.

El eje inequívoco que vertebra el contenido de un Real decreto-ley hasta cierto punto holístico o atrapalotodo, habida cuenta que no solo se va a introducir un nuevo concepto nuclear, el de persona consumidora vulnerable, es la necesidad de poder afrontar las graves consecuencias del empeoramiento de la vulnerabilidad de muchas personas consumidoras atendiendo a la actual coyuntura económica y social.

Así las cosas, el nervio o hilazón común no va a ser otro que proteger más eficazmente los legítimos intereses de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, para el adecuado cumplimiento del mandato que a los poderes públicos encomienda el artículo 51.1 de la Constitución. Cuestión distinta es si con los nuevos preceptos y modificaciones múltiples en diversos cuerpos legales se obtenga o logre tal finalidad, loable social y económicamente, pero más difícil empero de llevar a cabo en esa ecuación, persona vulnerable *versus* relación o relaciones de consumo. Ecuación heterogénea sin duda y donde son muchos los factores y tipologías incluso etiologías que se dan cita simultáneamente. Relaciones de consumo frente a prácticas empresariales que el propio exposicionando tacha de desleales y, por ende, abusivas.

El objetivo pretendido es el de ampliar en todo caso la garantía de la debida protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en situación de vulnerabilidad, y ello en el marco general del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que recoge la definición de consumidor y usuario con carácter general. Y al que ahora adiciona en ese artículo 3 la de consumidor vulnerable respecto de relaciones concretas de consumo: «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales,

económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

La clave, se centra, amén de las propias circunstancias endógenas de salud, edad, cultura, etc., y exógenas como situación económica, social, etc., en esa transitoriedad o permanencia según los casos en situaciones de subordinación, indefensión o desprotección. No define ni perimetra estas situaciones por todos conocida, pero sí incide en esa situación de relegamiento subordinatorio de posiciones contractuales, de inferioridad o de indefensión a la hora de contratar, de conocer el contenido obligaciones, incluso de las calidades y cualidades de un producto, precio, ventajas, comparaciones competitivas, etc. Una contratación que denota una clara desprotección y un barbecho jurídico sin selección de alternativas diferentes con otros productos, servicios, empresas, de cara a poder comprobar elementos clave de la relación de consumo.

Esta norma se enmarca en las directrices de la Comisión Europea a través de la «Nueva Agenda del Consumidor», de 13 de noviembre de 2020, y en las que las vulnerabilidades de los consumidores se han visto exacerbadas por la actual pandemia. De hecho, la propia Comisión hace hincapié entre otros ámbitos, en la capacidad y situación financiera a raíz de los impactos de la pandemia sobre los consumidores arguyendo: «la explotación de las vulnerabilidades financieras que existían desde antes de la pandemia pero que se han vuelto más acuciantes». Y esto es así porque, como se recoge expresamente, «la pandemia ha planteado retos significativos que afectan la vida cotidiana de los consumidores, sobre todo, en relación con la disponibilidad y la accesibilidad de productos y servicios, así como los viajes hacia, desde y dentro de la UE». Y el reflejo de esta especial vulnerabilidad se manifiesta, desgraciadamente, en el aumento de las estafas a los consumidores, las técnicas de comercialización engañosas y el fraude en las compras en línea, de los que han sido y siguen siendo víctima un número creciente de consumidores.

Otra de las discriminaciones que, con frecuencia acaecían en el seguro, venía por la vía de razón de sexo y cálculo de la prima. Aunque ya hemos hecho referencia al célebre caso *Test Achats*, sentencia del tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-236/09, el DOUE de 13 de enero de 2012 publicó una Comunicación relativa a las «Directrices sobre la aplicación de la Directiva 2004/113/CE del Consejo a los seguros, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-236/09 (*Test-Achats*)» (2012/C 11/01). La citada Directiva se refería en ese momento a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro y regula el uso de factores actuariales basados en el sexo en la prestación de seguros y servicios financieros afines. En concreto, su artículo 5, apartado primero, dispuso que, en todos los contratos nuevos, celebrados a partir del 21 de diciembre de 2012, 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 dará lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Por su parte, el apartado segundo del artículo establece una serie de excepciones a la norma, al permitir que los Estados miembros autoricen diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de personas individuales en aquellos casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos⁴¹.

Así las cosas, ni por mayor esperanza de vida ni por mayor probabilidad de utilización de servicios asistenciales o menor tabla de siniestralidad en algunos supuestos por razón de sexo o de género se pueden discriminar y distorsionar los costes y tarifa del seguro.

Salud y edad se convierten, como ya hemos señalado, en coordenadas esenciales a la hora de valorar y, por tanto, seleccionar los riesgos que pueden ser asumidos en el seguro de personas, vida, enfermedad, asistencia sanitaria, dependencia, etc. (Corfias, 2008). Saber qué dolencias, qué enfermedades, qué antecedentes hereditarios o genéticos, incide, indudablemente en el riesgo a asegurar. Su relevancia, su esencia no impide ver con anteojeras y ser conscientes sin embargo de una potencial, al menos, situación de cierto conflicto con derechos de la personalidad del propio asegurado y medir el grado de acceso a una información específica, particular y personal del asegurado.

El sufrir o no ciertas enfermedades, su desencadenante y causa, la valoración social que algunas dolencias tienen, etc., genera sin embargo una tensión entre la necesaria tutela del asegurado y su derecho a intimidad y al honor y de otra, el equilibrio justo prestacional entre las partes. No puede negarse que hay modalidades o ramos de seguros más propensos y proclives a esta sensibilidad que otros. Ramos además en los que las informaciones de naturaleza médica son esenciales de cara a poder valorar y apreciar el riesgo del contrato de seguro. Piénsese en un seguro de vida, en un seguro de enfermedad o asistencia sanitaria, dependencia, etc.

Lo mismo sucede con los incapacitados o los discapacitados, ahora tras la reforma de 2021, personas con discapacidad. ¿Por qué los seguros en ocasiones tratan a la persona con discapacidad como si fuera una enfermedad pura y simplemente? Acaso la ecuación riesgo/prima responde a los parámetros estrictos de un seguro de enfermedad o en su caso de asistencia sanitaria sumamente compatible?

41. Aparicio (2012), señala, no obstante, la comunicación sí previa ciertas excepciones. Así, seguirá siendo posible distinguir en función del sexo del tomador del seguro, a partir de aquella fecha, en una serie de prácticas como cuando se trate de recopilar, almacenar y utilizar información sobre el sexo para el cálculo de primas y prestaciones a nivel agregado, siempre que no derive en una diferenciación a nivel individual (evaluación interna de riesgos; cálculo de las disposiciones técnicas; seguimiento de la cartera; precio de reaseguros; comercialización y publicidad de los productos; incidencia de otros factores de riesgo en la suscripción de seguros de vida y de salud).

Conviene tener presente que en 2013 se publicó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁴². El propósito era claro, a saber, actualizar y armonizar la legislación vigente en la materia en coherencia con la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas. Dicha ley establece una serie de conceptos fundamentales en relación con la discapacidad, el acceso y la no discriminación en la prestación de diferentes servicios⁴³.

Ahora bien, hasta qué punto cuando no existe una posibilidad de seguro, o incluso, llegado el caso, un seguro específico para personas con discapacidad, las aseguradoras tratando de unir interesada y quizás sesgadamente, discapacidad y enfermedad, ¿no están incurriendo en el concepto de discriminación indirecta tipificada como infracción grave en la Ley de Discapacidad?, ¿deben acaso las aseguradoras contar entre sus tablas siniestralas con datos de siniestralidad, morbilidad, enfermedad, etc.?

42. Con la reforma de la ley 8/2021 de 2 de junio el abanico modificadorio de normas es basto. En lo atinente al código civil, y más allá de una nueva regulación de la curatela, la figura del defensor judicial, la prodigalidad, etc., el cambio viene en otros marcos. A saber, son muchas las normas jurídicas que en toda la extensión del Código Civil requieren de la oportuna adaptación a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, las normas afectadas por esta reforma van desde algunas relativas al Derecho internacional privado, la nacionalidad, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo, lo cual puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad; también experimentan modificaciones puntuales algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo. Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables. Adicionalmente, se reforman los artículos 4, 5 y 234 del Código de Comercio para adaptarlos a la nueva regulación del Código Civil. En todos ellos se omite cualquier referencia a las personas con discapacidad con medidas de apoyo por considerarla innecesaria, dado que esta cuestión se regirá por las normas generales previstas en el Código Civil.

43. La Ley General de Discapacidad aborda los derechos relacionados con el acceso de las personas con discapacidad a la salud en los artículos 6, (respeto a la autonomía de las personas con discapacidad en la toma de decisiones relativas a su tratamiento y a su salud), 10 (derecho a la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad), y 11 (prevención de discapacidades y de intensificación de deficiencias).

Las regulaciones actuales han pasado, sin duda, y sin ambages afortunadamente máxime si se compara con épocas no tan pretéritas, a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social. Pero ello no obsta a denunciar o cuando menos alertar de dos errores permanentes y constantes, de un lado, equiparar discapacidad a enfermedad sin más y, de otro, entender como un totum revolutum toda discapacidad como si hubiese un concepto holístico y aplicable a toda persona con discapacidad por muy diferentes que éstas fueren⁴⁴.

Así, la clave pasa por incardinar y situar de modo integral a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, establece que sus demandas y necesidades deben ser cubiertas de forma que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos. Al respecto la ley de 1 de agosto de 2011 que adapta la normativa española a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad regula en su artículo 14 una nueva disposición adicional de la LCS, la cuarta, donde se dice:

«Disposición adicional cuarta. No discriminación por razón de discapacidad. No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente⁴⁵».

Paralelamente tampoco podemos dejar de lado, al menos en el prontuario tutelador de las normas, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece en su artículo 96, sobre el Deber general de información al tomador de seguro: 6. *Dicha información será accesible, facilitándose en los formatos y canales adecuados a las necesidades de las personas con discapacidad, de forma que puedan acceder efectivamente a su contenido sin discriminaciones y en igualdad de condiciones.*

De este modo y dejando atrás preconcepciones que solo han provocado la exclusión de estos riesgos y colectivos, la clave, o uno de ellos, pasa, sin

44. En este punto, González (2013: 452) señala: «Equiparar «discapacidad» con «enfermedad» lleva a concluir, equivocadamente, que las personas con discapacidad no pueden ser aseguradas. Un cambio de enfoque, diferenciando entre la condición de salud de la persona y su situación de discapacidad, exige determinar qué enfermedades o deficiencias podrán ser aseguradas o no, tras un examen adecuado de su situación previa al aseguramiento, como ocurre con cualquier persona que no tiene discapacidad».

45. Sostiene Tirado (2020: 459) como la norma «se encuentra anclada en el principio de igualdad y busca poner fin a las discriminaciones que padecen los discapacitados, puesto que, en ocasiones, por el influjo del establecimiento de tarifas estándar, no encuentran acomodo en el momento de la contratación, careciendo las entidades aseguradoras de criterios y de fundamentos estadísticos para ver la incidencia en la siniestralidad de las discapacidades de los candidatos al aseguramiento».

duda, por concluir que a efectos del riesgo asegurable, habrá supuestos en los que el riesgo de una persona con discapacidad y el de una persona sin discapacidad es absolutamente idéntico como también la probabilidad de siniestro o evento dañoso. Y si es así la realidad de los hechos, ¿por qué se les ha excluido de determinadas coberturas o de incluirles, en base a qué estadística y tabla actuarial se ha cuantificado el coste y la sobreprima con la que se aseguran?

Piénsese que no toda discapacidad va a suponer, por ejemplo, en el campo de las prestaciones sanitarias un mayor coste o mayor propensión a la utilización de los servicios médicos. Pensemos a título ejemplificativo una persona con una ligera o incluso grave discapacidad auditiva. ¿Acaso es más propenso a sufrir determinadas enfermedades graves? Pero la realidad también nos muestra la existencia de personas con graves o gravísimas discapacidades tanto físicas como psíquicas, ¿este hecho implica la negación a una cobertura sanitaria o de vida para caso de muerte si las tablas de morbilidad muestran y testan una mayor incidencia y escasez de esperanza de vida? ¿Y los incapacitados legalmente? ¿no pueden asegurarse o sobre ellos, existir cual portador del riesgo o cabeza de riesgo un seguro de vida?

No cabe duda que sí en los de asistencia sanitaria o de dependencia, o de decesos, pero ¿y la cobertura de muerte o fallecimiento en un seguro de vida? Hasta qué punto una discapacidad —otra cuestión es deslindar nítidamente cuál y en qué intensidad— es capaz de generar *per se* una enfermedad o el agravamiento de una preexistente o unida a la discapacidad cualquier enfermedad puede agravar la situación de la persona con discapacidad.

Persona con discapacidad no es exactamente o no tiene por qué significar persona con enfermedad. Ni tampoco suponer ni una mayor propensión a desarrollar más enfermedades o que estas sean de suyo más graves por la discapacidad, así como a vivir o tener una menor esperanza de vida y por tanto, hacer saltar las tablas de morbilidad. Estamos ante un colectivo sumamente heterogéneo y en absoluto englobable bajo una sola categoría. Y en donde las circunstancias vitales, edades, sociales, económicas, dependencia de terceros, son diferentes, habida cuenta que sus perfiles funcionales igualmente son extraordinariamente divergentes. Habida cuenta que las restricciones de actividades están a la postre en íntima relación con una deficiencia que mide y especifica la discapacidad de la persona (movilidad, vida doméstica, autocuidado, aprendizaje, comunicación, visión, audición, etc.).

Emplear cualquier variable de un tenor e impacto contrario al señalado, es discriminar directamente a las personas con discapacidad que quieren acceder a un producto de seguro⁴⁶. Y es obvio como la edad es un factor

46. Como bien se señala en el informe «El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamiento, análisis de barreras e identificación de barreras», Fundación Once-Vía libre, [https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO27370/seguros_pcd.pdf], señala en p. 26: «Respecto a la posible prohibición del uso de la variable discapacidad en el diseño y establecimiento de precio en los productos y servicios de seguro (de asistencia sanitaria, en concreto), desde el Sector Asegurador se plantea la necesidad de contar con

determinante para medir la incidencia e impacto de la discapacidad habida cuenta que mide el estado de salud, así como el uso de las prestaciones sociosanitarias. Estadística y empíricamente está demostrada la demanda asidua de estos servicios, que van desde cuidados médicos o de enfermería, a pruebas diagnósticas, servicios de rehabilitación, logopedia, ortoprótesis, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAVANEL-JOLLY, S. (2005), «Le secret médical en assurance de personnes», *RGDA*, 2005, pp. 887 y ss.
- ALBANESE (2016), «L'assicurazione sulla vita», en *Diritto delle assicurazioni*, [FRANZONI, M. (a cura di)], Torino, Zanichetti, pp. 89 y ss.
- APARICIO GONZÁLEZ, M. (2012), «Discriminación por razón de sexo y cálculo de la prima del contrato de seguro», recuperado de https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/DISCRIMINACION-POR-RAZON-DE-SEXO-Y-CALCULO-DE-LA-PRIMA-DEL-CONTRATO-DE-SEGURO_1.pdf
- BASEDOW, J. (2021), «Liability insurance in the European Union —dressing up «naked» insurance duties», en *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* VEIGA; Dir., Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 71 y ss.
- BEIGNIER, B. y BEN HADJ YAHIA. S. (2021), *Droit des assurances*, 4ª ed., Paris, LGDJ.
- BELETSKY, L. (2018), «Deploying prescription drug monitoring to address the overdose crisis: ideology meets reality», *Ind. Health Law Review*, vol. 15, n.º 2, pp. 139 y ss.
- BREEDY, S. (2012), *El contrato de seguro*, San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- BIGOT, J. (2014), *Le contrat d'assurance, Traité de droit des assurances*, Tomo 3, 2.ª ed., Paris, JGDJ.
- BINON, J.M. (2016), *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2.ª ed., Bruxelles, Larcier.
- DE GRAËVE, L. (2017), «L'assurabilité du risque. Promouvoir une rationalisation pratique par une analyse théorique», *BJDA*, Dossier n.º 1, recuperado de <https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/lassurabilite-du-risque/>
- DE GREGORIO, A. FANELLI, G. (1969), *Le assicurazioni*, 3.ª ed., Milano-Roma, Società editricce Dante Alighieri.
- los estudios necesarios, de carácter estadístico, para determinar el riesgo y cobertura de una persona con discapacidad sobre la base de los cuestionarios y reconocimientos médicos previos realizados a la misma. En otras palabras, es preciso conocer los perfiles característicos y diferenciados de las personas con discapacidad».

DE HEO, W. (2020), *The demand for life insurance. Dynamic empirical Systemic Theory*, Springer, Palgrave MacMillan.

DE MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2021), «¿Son ventajosos los seguros con monitorización del asegurado o sus bienes?», recuperado de <https://almacendederecho.org/son-ventajosos-los-seguros-con-monitorizacion-del-asegurado-o-de-sus-bienes>.

FISCHER, J.M. (1992), «Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation?: Text Versus Context», *Arizona State Law Journal*, vol. 24, pp. 995 y ss.

FOGGAN. L-CACABELOS, K. (2021), «Connecticut insurance department releases big data and anti-discrimination notice», recuperado de https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ab274e5c-8b28-4fc2-bab1-824a76e4b657&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body

FONTAINE, M. (2016), *Droit des assurances*, 5.^a ed., Bruxelles, Larcier.

FRANZONI, M. (2016), «L'operazioni assicurativa», *Diritto delle assicurazioni*, [FRANZONI, M. (a cura di)], Torino, Zanicetti, pp. 1 y ss.

GALVÃO TELES, J. (2016), «Liberdade contratual e seus limites — Imperatividade absoluta e imperatividade relativa», *Temas de direito dos seguros* (LIMA REGO Coord.), 2.^a ed., Coimbra, Almedina, pp. 103 y ss.

GOMES, J. (2011), «O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de abril», en *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (CRISTAS, A. LEVRE DE FREITAS, J., PINTO DUARTE, R., TAVARES DE ALMEIDA, M. Coords.), II, Coimbra, Almedina, pp. 387 y ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013), «Discriminación por razón de discapacidad en los seguros sanitarios de asistencia sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 8, pp. 452 y ss.

HADDAD MIMOUN, E. (2017), *Les notions de contrat d'assurance*, Université Panthéon-Sorbonne. Paris I, recuperado de <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01825804/document>, pp. 31 y ss.

HE, Q. FAURE, M. (2018), «Regulation by catastrophe insurance: a comparative study», *Connecticut Insurance Law Journal* n.º 24, vol. 2, pp. 189 y ss.

JERRY, G., RICHMOND, D. (2012), *Insurance Law*, 5.^a ed., New Providence, Lexis nexis.

LAIRD, S., MANSFIELD, P. (2021), «Time to hit the reset button», recuperado de https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=aa4fc8b2-9a21-4242-85e0-974c390acc71&utm_source=Lexology=

LIMA REGO, M (2018), «El contrato de seguro en Portugal», en *Regulación del contrato de seguro en Portugal y España: Análisis comparado* (LIMA REGO,

M., PEÑA LÓPEZ, F. Dirs.), Cuadernos de la Cátedra Inade, Santiago de Compostela, pp. 17 y ss.

MAYAUX, L. (1994), «Les relations du droit de l'assurance et de la famille», *RGAT*, pp. 423 y ss.

MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2021), «La discriminación de los asegurados en el precio del contrato fijado con uso del big data», en *Transparencia y competitividad en el mercado asegurado. Insurtech, distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia* (GIRGADO PERANDONES, P., GONZÁLEZ BUSTOS, J. P. Coords.), Granada, Comares, pp. 263 y ss.

NARKER, W. (2022), «Dekumulatruion in the UK: prizes for all?», recuperado de https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2d759653-d166-4dcb-bb3c-91b93455dd62&utm_source

O'NEILL, O. (1998), «Insurance and genetics: the current state of play», en *Law and Human Genetics: Regulating a Revolution* (ROGER BROWNSWORD, R. CORNISH, W. R. LLEWELYN, M. Eds), Oxford, Bloomsbury, pp. 124-131.

PARTISANI, R. (2016), «Le assicurazioni obbligatorie», en *Diritto delle assicurazioni* (FRANZONI a cura di), Torino, Zanicetti, pp. 179 y ss.

PEÑA LÓPEZ, F. (2020), «La responsabilidad civil por daños a la libre competencia y su nivel de cobertura en las pólizas actuales», *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz* (VEIGA COPO, A.B. Dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, Civitas, pp. 727 y ss.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ (2022) «El lenguaje de las pólizas y los seguros de vida», en *Seguro de personas e inteligencia artificial* (VEIGA COPO, A.B. Dir.), Cizur Menor, 2022, Thomson-Reuters Civitas, pp. 411 y ss

POTHIER, R.J. (1818), *Oeuvres complètes*, VII, Paris, L'Harmattan.

PRIEST, G.L. (1996), «The Government, the Market, and the Problem of Catastrophic Loss», *J. Risk & Uncertainty*, n.º 12, pp. 219 y ss.

ROBINEAU, M. (2021), «Assurance vie: l'assureur doit aussi informer sur ce que le contrat ne prévoit pas», *BJDA*, n.º 74, recuperado de <https://bjda.fr/la-revue/revue-n74/assurance-vie-lassureur-doit-aussi-informer-sur-ce-que-le-contrat-ne-prevoit>

ROY PÉREZ, C. (2014), «La declaración del riesgo y su agravación», en *La protección del cliente en el mercado asegurador* (BATALLER GRAU, J. VEIGA COPO, A.B., Dirs.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, Civitas 2014, pp. 686 y ss.

SOBRINO, W. (2018), *Seguros y el código civil y comercial*, 2.^a ed., Buenos Aires, Thomson Reuters La ley.

SCHWARCZ, D. (2006), «A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies», *William and Mary Law Review*, vol. 48, pp. 1389 y ss.

SCHWEBEL, L. (2010), «L'utilisation des données médicales par les assureurs», *RDGA* n.º 1, pp. 47 y ss.

STIGLITZ, R.S. (2016), *Derecho de seguros*, I, 6.ª ed., Buenos Aires, La Ley.

SUMIEN, P. (1957), *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 7.ª ed., Paris, Dalloz.

TIRADO SUÁREZ, F. J. (2010), «Artículo 83. Noción de seguro de vida», en *Ley de contrato de seguro* (SÁNCHEZ CALERO, J., Dir.), Pamplona, Thomson-Reuters, Aranzadi.

TIRADO SUÁREZ, F. J. (2020), «La crisis del principio de libre selección de asegurados. La cobertura de los menores, discapacitados, de los mayores y de determinados enfermos», *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz* (VEIGA COPO, A.B. Dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, Civitas pp. 433 y ss.

VEIGA COPO, A.B., SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2011), «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro. Apuntes críticos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011 en el asunto C-236/09», *RC*, n.º 4, abril, pp. 6 y ss.

VEIGA COPO, A.B. (2015), *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Civitas.

VEIGA COPO, A.B. (2020), *Comentarios prácticos a la Ley del Contrato de Seguro. A los cuarenta años de su promulgación (1980-2020)*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Civitas.

VELLISCIG, G. (2018), *Assicurazione e «autoassicurazione» nella gestione dei rischi sanitari*, Milano, Giuffré.

VILRET, K. (2019), *Précis de droit luxembourgeois de l'assurance-vie*, Gent, Legi Tech.

CAPÍTULO 32

MAYORES Y TERCER SECTOR: ASOCIACIONISMO Y VOLUNTARIADO DE Y PARA MAYORES

PABLO BENLLOCH SANZ

Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

Sería suficiente destacar la existencia de una serie de condiciones en las personas mayores (incremento del tiempo libre, experiencia, actitud...) que hacen de ese grupo, un segmento de población que merece una atención específica de cara al incremento de su implicación en la participación. Las personas mayores conforman «un notable potencial participativo, acelerado por un cambio profundo en las visiones ideológicas sobre la etapa posterior a la jubilación en la sociedad y en las propias personas mayores y, también por una acción política interesada en canalizar el excedente de tiempo y energía social de las personas jubiladas» (Rodríguez, Dabbagh y Rodríguez, 2017).

Antes de continuar, hay que precisar que se ha optado por utilizar el término «personas mayores»¹ para describir el grupo de edad del que forman parte las personas que han finalizado su vida laboral y entran en la edad de jubilación o bien antes de cumplirse la misma. Si se quiere precisar más, puede tomarse como referencia una edad cronológica, 65 o 67², según los casos, o incluso más años, aunque ello suponga asumir cierto riesgo, por la existencia de determinados factores (las variaciones en las edades desde jubilación, la fase de crianza de los hijos, la mejora de la calidad de vida asociada a una mejor salud, la mayor esperanza de vida, etc.) que puedan llevar a cuestionar esa delimitación (AA.VV., 2011:12).

Sentado lo anterior, muchas son las referencias y de gran autoridad en esta obra, que coinciden — resulta casi un lugar común — en afirmar que

1. Sarasola (2019) señala que es el «término más apropiado y aceptado y el que presente menos connotaciones semánticas para describir con cierta neutralidad y realidad a este colectivo social».
2. Como se sabe, a partir del 1 de enero de 2013, el acceso a la pensión de jubilación depende de la edad del interesado y de las cotizaciones acumuladas a lo largo de su vida laboral, requiriendo haber cumplido la edad de 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.